

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**PROCURADORIA ADMINISTRATIVA****PROCESSO: OFÍCIO ATG nº 35/2009 (SF 23752-839483/2009)****INTERESSADO: SECRETARIA DA FAZENDA - ASSESSORIA TÉCNICA DE GABINETE****PARECER: PA Nº 63/2011**

ASSUNTO: CONTRATO ADMINISTRATIVO. CADIN ESTADUAL. Lei estadual nº 12.799/2008. Exercício da competência suplementar em matéria de licitação e contratação. Artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal. Situação equiparável tratada no Parecer PA nº 200/2009. Cadastro que tem por finalidade garantir a relação do ente público com pessoas idôneas enquanto simultaneamente credoras e devedoras do erário estadual. Parecer PA nº 196/2009. Inscrição no CADIN ESTADUAL somente de dívida líquida, certa e vencida. Impedimentos exclusivamente nas hipóteses previstas na norma local e para os atos praticados após a sua vigência, independentemente da existência de cláusula a respeito. Exceções à aplicação da Lei estadual nº 12.799/2008 estão expressas no § 2º do seu artigo 6º. Princípio da estrita legalidade. Dificuldades que têm solução apenas através de alteração legislativa.

1. Os Pareceres CJ/SF nº 66/2010¹ (fls. 04/18) e CJ/SF nº 710/2010² (fls. 23/34), aprovados pela Chefia da Consultoria Jurídica da Pasta (fls. 19 e 35), respondem consulta formulada pela Assessoria Técnica de Gabinete da Secretaria da Fazenda a respeito da aplicação da Lei estadual nº 12.799, de 11 de janeiro de 2008³, em especial no que pertine a bloqueios de pagamentos em cumprimento à norma indicada (fls. 02/03 e 20/22).

2. O parecerista responde aos questionamentos a partir da análise da legislação estadual que regula o Cadastro Informativo dos Créditos não Quitados de órgãos e entidades estaduais - CADIN ESTADUAL, que tem, além da lei instituidora, o Decreto estadual nº 53.455/2008⁴ e a Resolução SF-44/2008⁵ a disciplinar a matéria.

2.1. Duas conclusões iniciais são alcançadas, a saber: i) “(...) o bloqueio só pode ocorrer em casos de repasses financeiros por parte da Administração Esta-

dual, oriundos de obrigações de pagamento das quais a pessoa com registro no CADIN, seja a credora e órgão ou entidade da própria Administração Estadual, o devedor”⁶ (gs.ns.); ii) “(...) os bloqueios de repasses financeiros estão restritos apenas às quatro hipóteses elencadas expressamente nos incisos II, III e IV dos artigos 6º da Lei 12.799/2008⁷ e 7º do Decreto 53.455 e no inciso V⁸ deste último dispositivo regulamentar.”⁹ (gs.ns.)

3. Especificamente quanto aos repasses de valores de convênios ou pagamentos referentes a contratos (inciso II), o órgão consultivo atentou para o fato de que os bloqueios não podem ser efetuados em casos de convênios ou contratos celebrados antes da vigência da Lei estadual nº 12.799/2008, porquanto deve ser respeitado o ato jurídico perfeito¹⁰, tendo a condicionante para pagamento natureza meramente contratual, não caracterizada como prerrogativa excepcional da Administração por falta de expressa previsão no texto da norma geral a ser observada, qual seja, o artigo 58 da Lei federal nº 8.666/93¹¹, sob pena de invasão da competência legislativa privativa da União (artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal¹²).

3.1. Nessa medida, os ajustes sem cláusula específica não podem levar a bloqueio de repasse ou de pagamento devido ao credor com registro no CADIN ESTADUAL, correspondendo essa interpretação à aplicação da Lei estadual nº 12.799/2008 “*sem máculas de ilegalidade ou inconstitucionalidade*”¹³.

4. Consideradas essas premissas, as situações apresentadas a fls. 02/03 foram dirimidas, uma a uma, no Parecer CJ/SF nº 66/2010¹⁴.

5. Por outro lado, o Parecer CJ/SF nº 710/2010 não elucida apenas dúvidas atinentes à orientação anteriormente ofertada, mas também responde a questionamentos, fls. 20/22, que inovaram a consulta inaugural.

5.1. Quanto a estes, a peça opinativa de fls. 23/34 conclui que: i) “(...) Nas hipóteses de contratações em que se configurem inequivocamente as situações de inexigibilidade de licitação albergadas no artigo 25, da Lei 8.666/1993, deve ser colhida no expediente, justificativa circunstanciada da autoridade competente, indicando ser a contratação naquelas condições a única apta a atender as necessidades da Administração. Frente a essa justificativa e como meio de evitar prejuízo ao interesse público inerente à própria contratação, afigura-se possível a contratação da avença, mesmo havendo registro em nome da contratada, junto ao CADIN”; ii) não há relação de pertinência entre a aplicação da Lei estadual nº 12.799/2008 e as disposições da Lei federal nº 7.783/89¹⁵, razão porque não se pode considerar que os serviços ou ativida-

des essenciais elencadas no artigo 10 da lei federal são exceções à regra do dispositivo da lei local; **iii)** deve-se realizar a retenção de tributos de notas fiscais emitidas mas não pagas devido ao bloqueio do fornecedor previsto na Lei estadual nº 12.799/2008, salvo se legislação local contiver disposições conflitantes com o entendimento segundo o qual o tributo é devido em razão da efetiva prestação dos serviços e consequente emissão da nota fiscal, não do mero pagamento; **iv)** os contratos de seguro não são exceções à regra do artigo 6º da Lei estadual nº 12.799/2008, porquanto o bloqueio de pagamento do prêmio em razão de inclusão da seguradora no CADIN não caracteriza mora da Administração que, em caso de sinistro, terá direito à indenização (artigo 396 do Código Civil¹⁶); **v)** “(...) o bloqueio deve atingir apenas a liberação do pagamento e não o empenho da respectiva despesa”.

6. Corroborando com o entendimento segundo o qual “as questões jurídicas relacionadas ao CADIN são de interesse da Administração Pública Paulista em geral”¹⁷, a Chefia da Consultoria Jurídica adota providências para o encaminhamento dos autos a esta Especializada (fl. 35), o que foi, por fim, determinado pela então Subprocuradora-Geral do Estado da Área da Consultoria (fl. 38). É o relatório. Opino.

7. O artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal dispõe que “*compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (...)*”.

8. No exercício dessa competência, foi editada a Lei federal nº 8.666/93 que, então, estabelece normas gerais¹⁸ a serem observadas pelos Estados, restando a estes estabelecerem normas suplementares que não conflitem com a lei federal¹⁹.

8.1. Na lição de Hely Lopes Meirelles, a “Lei 8.666, de 1993, estabeleceu as ‘normas gerais’ que lhe competiam, deixando aos Estados a sua ‘complementação’ com disposições adequadas às peculiaridades de seu território, e aos Municípios a ‘regulamentação’ das licitações locais no que é específico de suas contratações, respeitando, cada qual, os preceitos superiores que disciplinam o procedimento licitatório. E é natural que as entidades menores disponham sobre minúcias de suas licitações e contratações, atendendo às peculiaridades locais e à especificidade de suas obras, serviços, compras e alienações. O essencial é que não se quebrem os princípios regedores da licitação, nem retirem o seu caráter competitivo, nem discriminem os interessados, nem falseiem o seu julgamento, razão pela qual as exigências mínimas podem ser aumentadas no âmbito estadual e municipal, mas não podem ser relegadas (...)”²⁰ (gs.ns.).

9. A Lei estadual nº 12.799/2008 determina a adoção de medida a ser observada pela Administração no momento que antecede, por exemplo, a assinatura de contrato administrativo ou pagamento de valores contratados.

9.1. A norma local, nos moldes do que foi implantado pela União²¹, tem por justificativa o estabelecimento pelo Estado de relações jurídicas envolvendo desembolso de recursos financeiros - mediante celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos - com pessoas físicas ou jurídicas que demonstrem idoneidade, comprovando, não o integral adimplemento de qualquer débito com o erário estadual, mas a adoção de conduta confiável no sentido de cumprir suas obrigações na condição oposta, qual seja, de devedor do Estado.

9.2. Certamente tal medida funciona como instrumento de recuperação de créditos²², fato que, de outra parte, se soma à finalidade última de atender ao interesse público, sem ferir qualquer princípio regente dos contratos administrativos²³.

10. Nos termos do parágrafo único do artigo 1º da Lei estadual nº 12.799/2008, o “CADIN ESTADUAL visa criar um cadastro único, possibilitando à Administração acompanhar o beneficiário de crédito do setor público que se encontra na situação simultânea de favorecido e inadimplente”.

11. A tão só criação do cadastro não traz consequências imediatas àqueles que estabelecem relação com o Estado na condição de credor. Como da norma se infere, não se afasta do devedor do setor público a possibilidade de ser deste também credor.

11.1. A norma traz como finalidade do CADIN ESTADUAL o *acompanhamento* da situação do beneficiário de crédito oriundo do erário. Não se exige o adimplemento imediato dos débitos existentes para a exclusão do cadastro ou o afastamento do impedimento previsto no § 1º do artigo 6º da Lei estadual nº 12.799/2008, principal dispositivo ensejador das dúvidas levantadas nos autos. Aguardam-se, sim, ações que demonstrem a idônea atuação do devedor com vistas à quitação da dívida inscrita ou sua desconstituição. É nesse sentido que dispõem o artigo 8º, § 2º, e o parágrafo único do artigo 9º, da lei em comento, *in verbis*: “Artigo 8º - O registro do devedor no CADIN ESTADUAL ficará suspenso na hipótese de suspensão da exigibilidade da pendência objeto do registro, nos termos da lei. (...) § 2º - Enquanto perdurar a suspensão, não se aplica o impedimento previsto no § 1º do artigo 6º desta lei. Artigo 9º (...) Parágrafo único - Será excluído do CADIN ESTADUAL o devedor que parcelar e cumprir as obrigações assumidas em acordo firmado com o Governo do Estado de São Paulo” (gs.ns.).

12. Guardadas as diferenças entre a regularidade fiscal exigida quando se trata do procedimento licitatório e o campo de maior abrangência do CADIN ESTADUAL em termos de “*créditos não quitados de órgãos e entidades estaduais*”, parece certo afirmar que, tanto num caso - regularidade fiscal de licitantes - como no outro - impedimentos de contratação e pagamento em razão de inscrição no CADIN -, o que se busca é a demonstração de idoneidade daquele que venha a se relacionar ou já mantenha relação com o setor público. Quando da análise do artigo 37, XXI, da Constituição Federal, o Parecer PA nº 200/2009²⁴, aprovado superiormente, trouxe lições doutrinárias que, analogicamente, podem ser invocadas na aplicação da Lei estadual nº 12.799/2008, *in verbis*: “(...) O entendimento que prevaleceu é o de que ‘não se deve dar ao art.37, XXI, da CF interpretação literal’. Nesse sentido, v.g., a lição de Carlos Ari Sundfeld, ao deixar assinalado que o artigo ‘não regulou integralmente a habilitação. Regulou, isto sim, apenas a habilitação técnica e econômica (...). Isso não pode implicar em eliminar a incidência, no campo das licitações, da técnica, generalizada no Direito, de interditar o exercício de certos direitos (como o de contratar com a Administração) em decorrência da prática de atos ilícitos. A regularidade das obrigações tributárias não é uma questão secundária e irrelevante. É para o próprio Estado - e para a sociedade que recebe seus serviços - questão vital. Daí a razoabilidade da lei condicionando a aquisição ou o exercício de certos direitos de natureza econômica à regularidade fiscal. Em outros termos: é legítima a lei considerando inidônea, para fins de contratação com o Poder Público, empresa irregular perante o Fisco. Ademais, se a fase habilitatória objetiva eliminar licitantes que, à vista de suas condições subjetivas, não ofereçam segurança quanto ao futuro cumprimento do contrato, não é impróprio excluir quem não cumpre suas obrigações tributárias. Tal comportamento é indicativo de inidoneidade ou desinteresse no cumprimento de suas obrigações em geral, o que permite a razoável presunção de que poderá ser adotado também quanto às obrigações contratuais. Essa presunção não é absurda ou exagerada, tendo trânsito corrente na vida econômica²⁵. A pretensa inconstitucionalidade desse dispositivo jamais foi declarada pelos tribunais, de tal forma que a validade da norma legal resta inabalada”.

12.1. Em outro trecho, a comparação com a situação de aplicação das disposições da lei instituidora do CADIN ESTADUAL também se mostra pertinente, afastado o argumento de que a norma inviabiliza a contratação daquele que é, pura e simplesmente, devedor do Estado. Não é o caso. O empecilho, como já se disse, afeta o devedor inerte. Anote-se: “(...) A lei de licitações vigente (...) [deixou] de referir-se a ‘prova de quitação’ para pedir ‘prova de regularidade para com a Fazenda’. (...) A exegese da norma legal não poderia conduzir ao absurdo de afastar da licitação aquele que discute a dívida, estando o Juízo garantido, por exemplo. Também não caberia exigir a quitação do tributo cujo prazo de pagamento ainda não estivesse escoado (...)”.

13. Raciocinando nessa direção, o precedente Parecer PA nº 196/2009²⁶ bem explicitou, entre diversos outros temas, qual a dívida possível de ser inscrita no CADIN ESTADUAL: “41. *Também a inscrição de dívida no CADIN Estadual, regulada pela Lei Estadual nº 12.799, de 11 de janeiro de 2008, pressupõe a existência de um crédito líquido, certo e vencido. Tanto assim é que o STJ já determinou a exclusão do nome de devedor do CADIN Federal, mesmo sem a dívida estar garantida, em decorrência da dívida existente quanto à liquidez e certeza do débito (Agravo Regimental no Recurso Especial nº 980. 021, Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 22.9.2008). (...) 42. Decorre do exposto que a realização de procedimento administrativo com resguardo do direito ao contraditório e ampla defesa não parece suficiente para autorizar a inscrição na dívida ativa e no CADIN se o particular não manifestar concordância com a dívida e seu montante (...)*”.

14. Observada essa premissa – inscrição no CADIN ESTADUAL apenas de dívida líquida e certa –, o fundamento do acórdão que deferiu a liminar requerida nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.454-4/DF não é argumento que possa suscitar a não aplicação da Lei estadual nº 12.799/2008²⁷.

15. Superadas as questões de ordem constitucional e identificada a Lei federal nº 8.666/93 como norma geral a ser observada por todos os entes da federação em matéria de contratação a ser efetuada pelo Poder Público – campo no qual se identifica grande parte das dívidas trazidas nestes autos –, cumpre indagar qual a efetividade da Lei estadual nº 12.799/2008 nas relações que ali se busca regular.

16. Os argumentos que a seguir passo a apresentar afastam-se em dois pontos essenciais do entendimento trazido nos Pareceres CJ/SF nº 66/2010 e nº 710/2010, quais sejam, a possibilidade de se albergar hipótese de descumprimento da Lei estadual nº 12.799/2008 e a necessidade de cláusula expressa para a observância dos impedimentos determinados pela norma, ainda quando de atos posteriores à sua edição.

17. É ao administrador a quem cumpre “acompanhar o beneficiário de crédito do setor público que se encontra na situação simultânea de favorecido e inadimplente”, cabendo a ele deixar de contratar quando verificada inscrição do pretenso contratado no CADIN ESTADUAL.

17.1. Esta prévia averiguação é, obviamente, mais confortável, porquanto é com respaldo legal que a contratação deixa de ocorrer, parecendo certo afirmar que aquele que oferece preço menor por qualquer objeto lícito, ganhando o certame, não terá direito à efetivação da contratação por não estar regular com suas obrigações perante o ente estadual.

18. Polêmica se instaura quando, por exemplo, nas contratações diretas, realizadas mediante procedimento de inexigibilidade de licitação, há registro do pretenso contratado no CADIN ESTADUAL.

18.1. Tanto a consulta prévia do *caput* do artigo 6º como o impedimento previsto no seu § 1º são aplicáveis às hipóteses taxativamente elencadas nos incisos I a IV, trazendo o § 2º duas únicas exceções à observância do dispositivo. Pela clareza de seus termos, transcrevo-o a seguir: “Artigo 6º - É obrigatória consulta prévia ao CADIN ESTADUAL, pelos órgãos e entidades da Administração direta e indireta, para: I - celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam o desembolso, a qualquer título, de recursos financeiros; II - repasses de valores de convênios ou pagamentos referentes a contratos; III - concessão de auxílios e subvenções; IV - concessão de incentivos fiscais e financeiros. § 1º - A existência de registro no CADIN ESTADUAL constituirá impedimento à realização dos atos a que se referem os incisos I a IV deste artigo.

§ 2º - O disposto neste artigo não se aplica à concessão de auxílios a Municípios atingidos por calamidade pública reconhecida pelo Governo do Estado e às transferências voluntárias de que trata o § 3º do artigo 25 da Lei Complementar federal nº 101, de 4 de maio de 2000” (gs.ns.).

18.2. Como se vê, mesmo nas contratações com inexigibilidade de licitação o administrador não está dispensado da consulta ao CADIN ESTADUAL, pois a Lei estadual nº 12.799/2008 não traz a hipótese como exceção à obrigatoriedade dessa consulta e, conseqüentemente, verificada pendência, o impedimento de contratar prevalece.

19. Se no âmbito de sua competência complementar, o legislador estadual entendeu que, para atendimento dos interesses próprios do Estado de São Paulo, a efetivação dos atos expressamente indicados na norma somente poderia ocorrer mediante a comprovação da não inscrição do interessado no cadastro então criado, ao administrador cabe cumprir a lei. Dificuldades constatadas pela Administração na condução de suas atividades em razão do cumprimento da Lei estadual nº 12.799/2008 têm solução apenas através de alteração legislativa, observado que deve ser o princípio da estrita legalidade, porquanto notório é que a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite.

20. Nessa linha de raciocínio, o impedimento constante do § 2º do artigo 6º da Lei estadual nº 12.799/2008 se aplica a todos os atos praticados após a sua vigência, independentemente de previsão expressa nos termos firmados.

21. Atos praticados antes da edição da norma estão, porém, assegurados pelo artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal²⁸, pois que consumados conforme a legislação vigente ao tempo em que efetuados²⁹.

21.1. Assim, por exemplo, pagamentos devidos após a vigência da lei oriundos de contratos firmados antes da sua edição não se sujeitam à prévia consulta. No que diz respeito, porém, à prorrogação desses mesmos contratos após a lei, cumpre ao administrador incluir cláusula que preveja a consulta prévia ao CADIN ESTADUAL para a efetivação dos pagamentos e, conseqüentemente, o eventual bloqueio destes se existente registro em nome do contratado. A recusa de inclusão da cláusula no termo aditivo pelo contratado impede a prorrogação do prazo contratual.

22. Abordados os aspectos que me pareceram relevantes para traçar a orientação pretendida a respeito da aplicação da Lei estadual nº 12.799/2008, elejo as seguintes assertivas que, a meu ver, elucidam as indagações apresentadas pela Secretaria da Fazenda: **i)** os impedimentos em razão da existência de registro no CADIN ESTADUAL ocorrem somente nas situações constantes dos incisos I a IV do artigo 6º da Lei estadual nº 12.799/2008³⁰ e para os atos praticados após a vigência da norma estadual, independentemente da existência de cláusula expressa a respeito. Excluem-se as situações previstas no § 2º desse mesmo artigo e os atos consumados antes da vigência da legislação em análise, os quais, porém, não poderão ser objeto de prorrogação – se pretendida após a edição da lei – que não contemple cláusula específica de regularidade junto ao CADIN ESTADUAL. Por não se enquadrarem no rol taxativo da norma, não estão a esta sujeitos os pagamentos de: bolsa-auxílio estagiários; honorários de advogados prestadores de serviços à Defensoria Pública; pensão alimentícia devida em razão de decisão judicial; precatórios; tributos de qualquer espécie; diárias de servidores civis e militares; parcelas de empréstimo consignado (mediante repasse a bancos de desconto em folha); **ii)** as exceções à aplicação da Lei estadual nº 12.799/2008 estão expressas no § 2º do seu artigo 6º. Nenhuma situação que se enquadre nos incisos I a IV desse mesmo dispositivo propicia o não cumprimento do previsto no seu § 1º. Ainda que essenciais os serviços, ou nos casos de inexigibilidade de licitação, a contratação e o pagamento estão condicionados à não existência de registro junto ao CADIN ESTADUAL; **iii)** o cumprimento da Lei estadual nº 12.799/2008 não caracteriza mora, o não pagamento advém de comando legal a ser acatado por aquele que com o Estado de São Paulo se relaciona nas situações previstas nos incisos I a IV, do artigo 6º³¹; **iv)** em razão da observância do princípio da estrita legalidade, somente alteração legislativa poderá propiciar solução a eventuais dificuldades enfrentadas pelo administrador na sua atuação em decorrência dos impedimentos impingidos pela legislação local analisada. É o parecer. À consideração superior. São Paulo, 24 de maio de 2011 – CÉLIA ALMENDRA RODRIGUES – PROCURADORA DO ESTADO

1 - Parecerista Procurador do Estado Dr. Nivaldo Munari.

2 - Idem.

3 - Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos Créditos não Quitados de órgãos e entidades estaduais - CADIN ESTADUAL, e dá outras providências.

4 - Regulamenta a Lei nº 12.799, de 11 de janeiro de 2008, que dispõe sobre o Cadastro Informativo dos Créditos não Quitados de órgãos e entidades estaduais - CADIN ESTADUAL, e dá providências correlatas.

5 - Dispõe sobre o Sistema Informatizado Cadastro Informativo de Créditos não Quitados de órgãos e entidades estaduais, e dá providências correlatas.

6 - Item 9.1. do Parecer CJ/SF nº 66/2010.

7 - Lei estadual nº 12.799/2008 - *“Artigo 6º - É obrigatória consulta prévia ao CADIN ESTADUAL, pelos órgãos e entidades da Administração direta e indireta, para: (...) II - repasses de valores de convênios ou pagamentos referentes a contratos; III - concessão de auxílios e subvenções; IV - concessão de incentivos fiscais e financeiros”*.

8 - Decreto estadual nº 53.455/2008 - *“Artigo 7º - É obrigatória consulta prévia ao CADIN ESTADUAL, pelos órgãos e entidades da Administração direta e indireta, incluídas as empresas controladas pelo Estado, para: (...) II - repasses de valores de convênios ou pagamentos referentes a contratos; III- concessão de auxílios e subvenções; IV - concessão de incentivos fiscais e financeiros; V -liberação de créditos oriundos do Projeto da Nota Fiscal Paulista”*.

9 - Item 9.2. do Parecer CJ/SF nº 66/2010.

10 - Artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

11 - Lei federal nº 8.666/93 - *“Artigo 58 - O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei; III -fiscalizar-lhes a execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo. § 1º. As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado. § 2º. Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual”*.

12 - Constituição Federal- *“Artigo 22 - Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37,*

XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, 111;” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

13 - V. item 6, resposta às questões nºs 1 e 2, do Parecer CJ/SF nº 710/2010.

14 - Item 11 e subitens.

15 - Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências.

16 - Código Civil- *“Artigo 396 - Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora”.*

17 - Item 7, letra “b”, do Parecer CJ/SF nº 710/2010.

18 - Não apenas para contratos administrativos, mas também para convênios, acordos, ajustes, etc. *“Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.”*

19 - Lei federal nº 8.666/93 - *“Artigo 1º - Esta Lei 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. Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. (...) Artigo 115 - Os órgãos da Administração poderão expedir normas relativas aos procedimentos operacionais a serem observados na execução das licitações, no âmbito de sua competência, observadas as disposições desta Lei. Artigo 118 - Os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as entidades da administração indireta deverão adaptar suas normas sobre licitações e contratos ao disposto nesta Lei”.*

20 - *Licitação e Contrato Administrativo*”, 14ª edição, Malheiros Editores, p. 44/45.

21 - Lei federal nº 10.522/2002 que dispõe sobre o cadastro informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais.

22 - Como, aliás, asseverado no Ofício GS/SF nº 0204, de 25 de abril de 2007, anexo à mensagem do Senhor Governador do Estado de São Paulo que encaminhou o Projeto de Lei nº 392/2007, resultando na norma estadual em análise.

23 - Em artigo conjunto com Marinês Restelatto Dotti, JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR bem define os limites de abrangência da restrição estabelecida na Lei federal nº 10.522/02, equiparável à lei estadual aqui discutida: *“(...) Pondere-se que a Lei nº 10.522/02 impede a Administração pública federal de contratar pessoa física ou jurídica inscrita no CADIN, mas não impede que o inscrito no CADIN participe de licitação. Se vencedor do certame, cumpre-lhe regularizar o*

débito antes de contratar. Se não o fizer, a Administração deve recusar a contratação, sem prejuízo da aplicação das penalidades legais (Lei nº 8.666/93, art. 87), discriminadas no edital. Resulta que cláusula do edital não poderá impedir a participação de interessados inscritos no CADIN, porque tal reduziria o universo da competição em afronta ao princípio do amplo acesso de licitantes (art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93). Por outro lado é de admitir-se que o edital estipule condição de que o adjudicatário regularize se houver o débito inscrito no CADIN antes de contratar” (destaquei, “*Ilicitude de condições restritivas da participação em licitações, impostas por atos convocatórios*”, Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública. Belo Horizonte, ano 9, n. 97, jan. 2010).

24 - Parecerista Procuradora do Estado Dra. Dora Maria de Oliveira Ramos.

25 - *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 122-123.

26 - Parecerista Procuradora do Estado Dra. Dora Maria de Oliveira Ramos.

27 - No Parecer PA nº 29/2010, superiormente aprovado, esta parecerista trouxe a baila o julgado para reflexão e, nesta oportunidade, afasto sua invocação, convencida que estou da constitucionalidade dos dispositivos da norma estadual frente aos fundamentos que, apenas no julgamento da liminar, foram levantados pelo Supremo Tribunal Federal e que, como ora demonstrado, não se sustentam considerada a adequada interpretação de dívida líquida e certa a ser inscrita no CADIN ESTADUAL.

28 - Constituição Federal - “Artigo 5º - (...) XXXVI - *a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;*” (destaquei).

29 - Artigo 6º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

30 - Veja-se, por exemplo, que pagamento não é empenho, logo bloqueio com fundamento no dispositivo somente ocorre quanto à realização de pagamento, o ato preliminar a este deve ocorrer.

31 - Assertiva que serve também para os contratos de seguros.

Processo: OFÍCIO ATG Nº 35/2009 (SF Nº 23752-839483/2009)

Interessado: SECRETARIA DA FAZENDA - ASSESSORIA TÉCNICA DE GABINETE

PARECER PA nº 63/2011

De acordo com o judicioso Parecer PA nº 63/2011. De se salientar que o cumprimento do princípio da legalidade pela Administração - não por acaso o primeiro princípio constitucional diretor da atividade administrativa¹ - não pode ser abandonado pelo aplicador da lei ao argumento de dificuldades de aplicação

das regras. Se há situações de tal monta, a afastar a possibilidade de incidência da regra geral, o caminho é a exceção legal (solução, aliás, conhecida do legislador da Lei nº 12.799/2008; *vide* § 2º do artigo 6º), como bem assenta o Parecer PA nº 63/2011. Até mesmo em situações mais agudas, quando o administrador se depara com regra que entende inconstitucional, está ele obrigado a aplicá-la, até que o Judiciário venha a se manifestar acerca da validade da lei contestada². Transmitam-se os autos à consideração do Subprocurador Geral do Estado da área da Consultoria. PA, 03 junho de 2011. MARIA TERESA GHIRARDI MASCARENHAS NEVES – PROCURADORA DO ESTADO - CHEFE DA PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

1 - Art. 37, *caput* da CF e art. 111, *caput* da CE

2 - ELIVAL DA SILVA RAMOS, “A Inconstitucionalidade das leis - Vício e Sanção”, Ed. Saraiva, 1994, pág. 236 e seguinte

PROCESSO: OFÍCIO ATG nº 35/2009 (SF 23752-839483/2009)
INTERESSADO: SECRETARIA DA FAZENDA - ASSESSORIA TÉCNICA DE GABINETE
ASSUNTO: CONTRATO ADMINISTRATIVO. CADIN ESTADUAL.

EM

1. Endosso as seguintes conclusões alcançadas no Parecer PA nº 63/2011, aprovado pela Chefia da Especializada: **a)** a existência de registro no CADIN Estadual impede a realização dos atos arrolados nos incisos I, II, III e IV do art. 6º da Lei estadual nº 12.799/2008; **b)** por não se enquadrarem no rol taxativo da norma, estão excluídos os pagamentos de bolsa auxílio de estagiários, honorários de advogados prestadores de serviços à Defensoria Pública, pensão alimentícia devida em razão de decisão judicial, precatórios, tributos de qualquer espécie, diárias de servidores civis e militares, assim como os repasses de valores descontados em folha de pagamento, em razão de empréstimo consignado; e **c)** em respeito ao ato jurídico perfeito, não poderão ser bloqueados os repasses decorrentes de convênios, nem os pagamentos referentes a contratos celebrados antes da vigência da referida lei. As prorrogações, no entanto, desde que não visem apenas à dilação do prazo para a conclusão do objeto, dependerão de inserção de cláusula específica condicionando os pagamentos futuros à inexistência de registros no CADIN ESTADUAL.

2. Deixo de acompanhar, porém, o entendimento expresso nos itens 16, 18.2. (apenas na seguinte parte: “*e conseqüentemente, verificada a pendência, o*

impedimento de contratar prevalece”), 19, 20, 22.i (apenas na seguinte parte: “*independentemente da existência de cláusula expressa a respeito*”), 22.ii, 22.iii e 22.iv, pelas razões e nos termos a seguir expostos:

2.1. Nas situações em que a competição é inviável, por inexistir outro fornecedor ou prestador dos serviços apto a atender às necessidades da Administração, a única alternativa possível é a contratação, ainda que a pessoa física ou jurídica a ser contratada registre pendência no CADIN ESTADUAL. Se, nessas circunstâncias, admite-se a contratação, por óbvio, também deve ser admitido o pagamento.

2.2. Cabe ao administrador demonstrar a inexistência de outra opção para garantir o normal funcionamento da Administração. A análise deve ser feita caso a caso, merecendo advir da autoridade máxima do órgão a autorização prévia para a contratação e pagamento, com o concomitante envio de informação aos setores cobradores da dívida existente, a fim de que, cientes do futuro crédito, busquem, por meios executórios próprios, o seu recebimento.

2.3. A contratação nessas condições encontra o seu fundamento no princípio da continuidade do serviço público, que impõe ao Estado o dever de prestar, de forma ininterrupta, os serviços essenciais ou necessários à coletividade, sem o que não se justificaria a existência do próprio Estado.

2.4. É por essa razão que a doutrina e a jurisprudência têm admitido até mesmo a contratação de empresa que registra débito com o INSS e o FGTS - impedimento previsto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal¹ -, quando configurada a situação de inexigibilidade. Ao examinar o art. 32 da Lei nº 8.666/93, Marçal Justen Filho conclui 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*”. Ele cita como exemplo “*a situação em que há um único fornecedor, o qual se encontra em situação irregular perante a Fazenda Nacional, ou, mesmo, o próprio INSS*”².

2.5. Por seu turno, o Tribunal de Contas da União, invocando os princípios da continuidade do serviço público e da supremacia do interesse coletivo, firmou o entendimento de 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*”. Decidiu que, nessa hipótese, “*a administração deve exigir da contratada a regu-*

larização de sua situação, informando, inclusive, o INSS e o FGTS a respeito dos fatos” (Decisão 431/1997- Plenário - Rel. Min. Bento Bugarin).

2.6. Esse mesmo entendimento foi posteriormente estendido às “empresas privadas concessionárias de serviço público essencial sob o regime de monopólio”. Conforme destacou o Min. Marcos Vilela, Relator, “(...) Quando a competição for inviável, por inexistirem outros prestadores de serviços essenciais ao funcionamento da Administração Pública, que não os inadimplentes, a única alternativa é realizar a contratação da empresa monopolista, estatal ou privada, ainda que ela esteja em débito com o INSS e o FGTS” (Acórdão 1105/2006 - Plenário).

3. Por fim, penso que o impedimento para o repasse de valores de convênios ou pagamentos referentes a contratos, previsto no art. 6º, inc. II c/c § 1º, da Lei estadual nº 12.799/2008, somente se aplica aos ajustes celebrados após a sua vigência e desde que expressamente previsto no instrumento convocatório (caso tenha havido) e no respectivo termo.

3.1. A competência para legislar sobre normas gerais de licitação e contrato para a Administração Pública é da União (art. 22, XXVII, da Constituição Federal) e a Lei federal nº 8.666/93, que estabeleceu essas normas, não contempla a hipótese ora examinada como prerrogativa a ser exercida pela Administração (art. 58). Assim, para que a Administração deixe de cumprir a obrigação de pagar o preço ajustado, na data aprazada, à contratada que executou os serviços ou lhe forneceu bens, sem incorrer em mora, deve o termo de contrato conter cláusula condicionando o pagamento à inexistência de registro no CADIN ESTADUAL. Em outras palavras, a exigência só poderá ser imposta a quem assumiu essa obrigação contratual, obrigação essa aplicável, no que couber, a convênios e outros ajustes em que houver previsão de pagamento ou repasse de recursos financeiros.

3.2. Esse entendimento está alinhado com a orientação fixada no precedente Parecer PA nº 107/2010, que concluiu pela “necessidade de incluir cláusula expressa nas minutas de edital e de contrato acerca da exigência de regularidade fiscal durante toda a execução do ajuste, compreendendo o CADIN”. Fica, portanto, reiterada a recomendação feita naquela oportunidade “de se incluir previsão expressa de que a empresa inscrita no CADIN não poderá ser contratada e que a inscrição superveniente implica o não pagamento da prestação enquanto não regularizada a situação, podendo implicar a rescisão do contrato (artigo 78, inciso I) em face do descumprimento de obrigação (de manter, durante toda a execução, as condições de habilitação exigidas no certame - artigo 55, XIII, da LLC). Encaminhem-se os autos à consideração do Senhor Procurador Geral do Estado, com proposta de aprovação parcial do Parecer

PA nº 63/2011. Subg., 27 de janeiro de 2012.

ADALBERTO ROBERT ALVES
SUBPROCURADOR GERAL DO ESTADO
ÁREA DA CONSULTORIA GERAL

1 - Artigo 195 - (...) § 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.*

2 - *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 11ª edição, São Paulo: Editora Dialética, 2005, p. 354.

PROCESSO: OFÍCIO ATG nº 35/2009 (SF 23752-839483/2009)
INTERESSADO: SECRETARIA DA FAZENDA - ASSESSORIA TÉCNICA DE GABINETE
ASSUNTO: CONTRATO ADMINISTRATIVO. CADIN ESTADUAL.

Nos termos da manifestação do Subprocurador Geral do Estado da Área da Consultoria Geral, aprovo parcialmente o Parecer PA nº. 63/2011. Restituam-se os autos à Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral, a quem caberá divulgar o parecer junto aos órgãos de execução a ela jungidos. Após, remetam-se os autos à Secretaria da Fazenda, por intermédio de sua Consultoria Jurídica. GPG, 1º de fevereiro de 2012.

ELIVAL DA SILVA RAMOS
PROCURADOR GERAL DO ESTADO

