



ORIENTAÇÃO PREVENTIVA

Áreas de Interesse: Departamentos Jurídico, Licitações e Contratos, Controle Interno, Gestor e Fiscal de Contratos

Assunto: A (in)exigibilidade da certidão de regularidade quanto aos débitos não inscritos na Fazenda Pública do Estado de São Paulo

A GEPAM elabora a presente Orientação Preventiva com o intuito de fixar o entendimento de que o atendimento da prova de regularidade para com a Fazenda Estadual, no caso do Estado de São Paulo, somente poderá ser feita por meio de certidão negativa (ou positiva com efeito de negativa) de Débitos Tributários da Dívida Ativa do Estado de São Paulo, emitido pela Procuradoria Geral do Estado.

A Lei de Licitações, no **artigo 29, inciso III**, prevê que ao gestor público é lícito exigir dos interessados em relacionar-se com a Administração Pública a prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal, do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da Lei. O dispositivo encontra-se redigido assim:

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

[...]

II - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;”

Ocorre que, não raras vezes, esta Consultoria, nos exames prévios de editais, tem identificado a exigência genérica da regularidade fiscal perante a Fazenda Estadual. É dizer, a norma editalícia limita-se a reproduzir o texto legal. Nessas situações, a ausência de objetividade da norma editalícia não pode ensejar a inabilitação do licitante, pelo simples fato de a Comissão reputar que a demonstração tinha de fazer-se através de outro documento que não o apresentado.

Nesse sentido manifesta-se Marçal Justen Filho¹:

“É imperioso que o ato convocatório determine a exata extensão da interpretação adotada para ‘regularidade fiscal’ e indique os tributos acerca dos quais será exigida a documentação probatória da regularidade. Não se admite que o ato convocatório restrinja-se a repetir o texto da lei e remeta à discricionariedade da Comissão de Licitação a determinação do tema. Não se admite que um licitante apresente certo documento e seja inabilitado porque,

¹ **JUSTEN FILHO**, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17ª. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016. p. 674.



ao ver da Comissão, a prova de regularidade tinha de fazer-se através de outro documento. Essa alternativa é incompatível com o princípio da objetividade da habilitação. Se o ato convocatório formulou exigência genérica e imprecisa, têm que ser acolhidas tanto a interpretação adotada pelo particular como aquela da Comissão. Não há fundamento jurídico para autorizar a rejeição da interpretação adotada pelo licitante e prestigiar a interpretação da Comissão. É inconstitucional o entendimento que remete à escolha da Comissão determinar, apenas no momento de julgamento, os documentos que serão exigidos do particular”.

Veja que, sendo possível duas ou mais interpretações, deverão ser admitidos os licitantes que atenderem a quaisquer delas. Em nome do princípio da isonomia, o proponente deverá ser habilitado, caso contrário, aquele que não conhecer a “jurisprudência” ou os “precedentes” da Comissão de Licitação restará prejudicado.

Reforça-se, assim, a necessidade de se determinar no ato convocatório o alcance da regularidade fiscal no âmbito da Fazenda Estadual.

Nessa senda, é sabido que, no âmbito do Estado de São Paulo, a Secretaria de Fazenda e Planejamento expede duas certidões, a saber: **a) Certidão Negativa de Débitos Não Inscritos na Dívida Ativa;** e, **b) Certidão Negativa de Débitos Inscritos na Dívida Ativa.**

A expedição das certidões estaduais está regulamentada pela **Portaria CAT n.º 20, de 01 de abril de 1998**, que estabelece os procedimentos para pedido, emissão e obtenção de certidão negativa e fixa prazo de validade para os documentos expedidos. De acordo com o *caput* do artigo 1º, da referida Portaria, o interessado poderá requisitar certidões para “participação em licitação pública” ou “para simples conferência ou outra finalidade”. Confira-se:

“**Artigo 1º.** O interessado poderá solicitar a expedição de certidão negativa nos seguintes casos:

I - para participação em licitação pública,

II - para simples conferência ou outra finalidade.”

Interessa, nesse arrazoado, a **certidão para participação em licitação pública**. Os parágrafos do dispositivo melhor detalham a matéria, dando maior alcance às certidões de regularidade emitidas pela Fazenda do Estado de São Paulo, nesse sentido:

“**Artigo 1º.** [...]

[...]

§ 1º. Na hipótese do inciso I, **serão pesquisados e informados somente os débitos inscritos na dívida ativa.**

§ 2º. Na hipótese do inciso II:

- a) tratando-se de pedido de certidão para simples conferência, serão pesquisados e informados tanto os débitos não inscritos quanto os débitos inscritos na dívida ativa;
- b) tratando-se de pedido para outra finalidade, serão pesquisados e informados somente os débitos inscritos na dívida ativa, salvo se o interessado requerer também a pesquisa e informação dos débitos não inscritos” [destacamos].

Note-se, que, a Fazenda Paulista reputa a **certidão de débitos inscritos na dívida ativa** como a **adequada para legitimar a participação do interessado em licitações públicas**, é dizer, demonstrar um dos aspectos de sua idoneidade e capacidade para bem executar o objeto da disputa. O empresário que não integrar o banco de dados da Fazenda Pública presume-se, sob o aspecto fiscal, idôneo.

E não poderia ser diferente, afinal, somente os débitos inscritos em dívida ativa gozam de certeza e liquidez, nos termos do *caput* do **artigo 204, do Código Tributário Nacional**, e do *caput* do **artigo 3º, da Lei n.º 6.830/80**, transcritos a seguir, respectivamente:

“**Art. 204.** A dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída”

“**Art. 3º.** A Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza”.

Inclusive, cabe anotar que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo tem considerado indevida a apresentação, para fins de habilitação, da **Certidão Negativa de Débitos Não Inscritos na Dívida Ativa**, justamente por reconhecer que esses débitos ainda não possuem os requisitos de certeza e liquidez aptos a lastrearem sua cobrança. É o que se vê do **TC n.º 25386/989/18²**, julgado pelo **Tribunal Pleno** em sessão realizada em 06 de fevereiro de 2019, cuja ementa está assim redigida:

“EXAME PRÉVIO DE EDITAL. OMISSÕES E DIVERGÊNCIAS. REGULARIDADE FISCAL. VALOR DOS INVESTIMENTOS. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

Para a adequada formulação de propostas e dotação de previsibilidade ao futuro ajuste precisa ser uniformizada a data base para reajuste da tarifa de remuneração e incluídos prazo para pagamento dos subsídios e critérios de atualização financeira e de compensações ou penalizações por eventuais atrasos.

Revela-se indevida a solicitação de demonstração de regularidade perante a Fazenda Estadual em relação a débitos não inscritos em dívida ativa.

A modificação anunciada nos investimentos iniciais denuncia falta de correspondência entre a realidade de mercado e os valores estimados no instrumento convocatório publicado, a exigir que a Administração corrija o

² Disponível em: http://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/702132.pdf. Acesso em 05 de junho de 2020.



edital, certificando-se da hígidez da nova projeção realizada, a qual está sujeita à verificação em sede de fiscalização ordinária” [destacamos].

No mesmo sentido: **TC n.º 18419/989/18**³, também do Plenário.

Outrossim, a existência de débitos não inscritos em dívida ativa não torna, por si só, a situação irregular do licitante perante a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, já que tais débitos podem encontrar-se parcelados ou questionados em juízo ou, ainda, questionados no âmbito da própria administração, em conformidade com as hipóteses de suspensão do crédito tributário relacionadas pelo **artigo 151, do Código Tributário Nacional**, que reza:

“**Art. 151.** Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;

VI - o parcelamento”.

Desta forma, os responsáveis pela elaboração dos termos de referências, projetos básicos e confecção do ato convocatório devem, ao fixar os requisitos de regularidade fiscal, notadamente a prevista no **inciso III, do artigo 29, da Lei de Licitações**, exigir **apenas a certidão negativa (ou positiva com efeito de negativa) de débitos inscritos na dívida ativa**, abstendo-se de exigir a certidão de débitos não inscritos em dívida ativa, porquanto os débitos ali constantes não gozam de liquidez e certeza aptos a lastrearem a respectiva cobrança. Reforça-se, finalmente, que, a cláusula editalícia deve ser redigida de modo objetivo, afastando interpretação tanto da Comissão de Licitação, quanto dos licitantes.

A GEPAM, por intermédio de seus Diretores e Consultores, está à disposição para dirimir quaisquer dúvidas e prestar quaisquer esclarecimentos a respeito da presente Orientação Preventiva, seja por meio do telefone (18) 3521-5386 ou pelo site: www.gepam.adm.br, por meio do canal “Contato”.

Adamantina/SP, 05 de junho de 2020

GEPAM

³ Disponível em: http://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/683510.pdf. Acesso em 05 de junho de 2020.