

IRREGULARIDADE FISCAL

NOTIFICAÇÃO – PRAZO PRESCRICIONAL – RESCISÃO CONTRATUAL

PROCESSO Nº : 552958/17
 ASSUNTO : CONSULTA
 ENTIDADE : CÂMARA MUNICIPAL DE CAMPO MOURÃO
 INTERESSADO: EDSON BATTILANI
 RELATOR : CONSELHEIRO IVAN LELIS BONILHA

ACÓRDÃO Nº 2895/19 - TRIBUNAL PLENO

EMENTA: Consulta. Artigos 55, XII e 78, Parágrafo único, da Lei nº 8666/93. Inadimplência fiscal durante a execução do contrato administrativo. Direito ao contraditório e a ampla defesa. Processo administrativo. Devido processo legal.

1 DO RELATÓRIO

A Câmara Municipal de Campo Mourão formulou a presente Consulta buscando que esta Corte responda aos seguintes questionamentos:

1. No caso de inadimplência durante a execução do contrato, há obrigatoriedade de notificar a empresa contratada concedendo prazo para que a mesma regularize seus débitos junto ao Fisco?
2. Em sendo obrigatório a concessão do prazo mencionado na questão, de quanto tempo deve ser?
3. Poderá o Ente Público providenciar a rescisão contratual sem conceder prazo para que a empresa regularize seus débitos fiscais, tendo em vista o descumprimento da cláusula contratual da não manutenção da regularidade fiscal durante a execução do contrato?

Atendendo requisito regimental, a Consulente juntou parecer jurídico¹. Nele, o procurador da Casa relatou que, por diversas vezes, se manifestou em pareceres internos no seguinte sentido: (i) as empresas que possuem contratos de execução continuada devem manter, durante a execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, conforme artigo 55, XIII, da Lei 8.666/93; (ii) é imprescindível a notificação da empresa, a fim de que seja observado o contraditório e a ampla defesa, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, regularize as certidões fiscais, trabalhistas e previdenciárias, sob pena de instauração de processo administrativo, e, eventualmente, aplicação de sanções administrativas, notadamente a rescisão contratual, a aplicação de multa contratual ou advertência; (iii) a rescisão contratual somente se apresenta possível em último caso; (iv) os ser-

1 Peça 04.

viços já prestados e os que forem prestados até que se promova a rescisão, após devido contraditório e ampla defesa, iniciado por notificação extrajudicial, devem ser pagos mesmo diante de irregularidade fiscal, sob pena de enriquecimento ilícito; e, (v) é vedada a suspensão do pagamento dos serviços que forem prestados até que ultime a rescisão, pois configura retenção de pagamento.

Admitida², a consulta passou a tramitar nesta Corte.

A Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca (SJB), na sua Informação n° 100/17³, transcreveu ementa de Consulta similar, apresentada pelo mesmo Consultante, que trata também de aspectos relativos à situação fiscal de empresas contratadas pelo Poder Público, não contemplando, entretanto, o aspecto da obrigatoriedade ou não de notificação, como se vê:

Consulta. Pagamento de serviços prestados a fornecedor com irregularidade fiscal. Possibilidade de rescisão de contrato ante o descumprimento de cláusula contratual, sendo vedada a suspensão de pagamento ante a ausência de previsão legal. (Processo n° 51043/12 – Acórdão n° 216/13-TP – Rel. Conselheiro Ivan Leis Bonilha, j. 14.02.2013).

A unidade ainda apresentou decisões do Tribunal de Contas da União e do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Considerando que a decisão apresentada pela Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca (SJB) não tratou de todos os questionamentos propostos, o processo seguiu sua instrução⁴.

A Coordenadoria de Gestão Municipal (CGM) emitiu a Instrução n° 4157/18⁵. Após apresentar seus fundamentos, respondeu assim as três questões propostas:

1. Sim. Deve ser oportunizado o contraditório e a ampla defesa ao contratado, nos termos do art. 78, Parágrafo único, da Lei n.º 8.666/1993.

2. Em analogia ao CPC, recomenda-se o prazo de 15 dias úteis para a apresentação do contraditório.

3. Não. Não é possível a rescisão do contrato - sem a concessão de prazo para que a Empresa regularize seus débitos fiscais - quando esta for embasada exclusivamente pelo descumprimento do inciso XIII, do art. 55 da Lei de Licitações.

O Procurador-Geral do Ministério Público de Contas acompanhou o opinativo da unidade técnica, conforme Parecer n° 1086/18 – PGC⁶.

É o breve relatório. Passo ao voto.

2 Conforme Despacho 1448/17 – GCILB à peça 06.

3 Peça 08.

4 Conforme Despacho n.º 1607/17 – GCILB à peça 09.

5 Peça 11.

6 Peça 12.

2 DA FUNDAMENTAÇÃO E VOTO

Em 2012 a Consulente, Câmara Municipal de Campo Mourão, consultou⁷ este Tribunal sobre a possibilidade de realizar o pagamento de serviços prestados por fornecedor que se encontra irregular perante o Fisco. Nos termos do Acórdão n° 216/16, do qual fui Relator, o Tribunal Pleno acompanhou meu voto para responder que não é possível a retenção de pagamento de serviço prestado (ou produto fornecido) nos casos em que o contratado venha a se tornar inadimplente perante o fisco no curso do contrato, ante a ausência de previsão legal, restando à Administração Pública a hipótese de rescisão de contrato, pelo descumprimento de cláusula contratual, observados os procedimentos previstos em lei.

Agora, por meio da presente Consulta, a Câmara Municipal de Campo Mourão traz novamente ao debate o mesmo tema, abrangendo, contudo, novos aspectos. Pergunta sobre a obrigatoriedade de o Poder Público notificar a empresa contratada que esteja em situação fiscal irregular durante a execução do contrato, para que regularize sua situação. Questiona também se a notificação é requisito prévio para a rescisão contratual e de quantos dias seria o prazo ofertado por ela.

De início, lembro, como o Tribunal de Contas da União - TCU explicou em um dos seus julgados, que

A possibilidade de contratação de empresas em situação fiscal irregular fere o princípio da isonomia embutido no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, que trata das licitações públicas. Empresas inadimplentes concorrem em desigualdade de condições com empresas que honram seus compromissos perante a União (aqui, melhor digo, com o Fisco), uma vez que podem oferecer preços menores nas licitações. A quebra do princípio constitucional da isonomia também ocorre quando a empresa se torna inadimplente durante a execução do contrato. Ademais, os efeitos tornam-se indesejáveis para a administração quando as empresas cumpridoras de suas obrigações sentem-se desestimuladas a manter a regularidade fiscal⁸.

E é diante destas explicações que se compreende porque a obrigação de se manter regular perante o Fisco foi alçada a obrigação de origem legal.

Foi o artigo 55 da Lei n° 8.666/1993 que, ao estabelecer as regras necessárias em todo contrato administrativo, previu, entre elas, em seu inciso XIII⁹, a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do ajuste, as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, dentre as quais, a regularidade fiscal.

7 Consulta n.º 51043/12.

8 TCU. Relatório de Auditoria. Acórdão n.º 3382/2010-Plenário. Data da sessão: 08/12/2010. Relator WALTON ALENCAR RODRIGUES

9 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.

Neste aspecto, convém observar que apesar da lei ter imposto esta obrigação ao particular, ela deixou de delimitar em quais momentos seria necessário a Administração levar a efeito a verificação. A análise, pois, está inserida no âmbito da discricionariedade administrativa, não podendo, porém, se tornar ato arbitrário.

Percebe-se que a primeira dúvida da Consulente diz respeito a obrigatoriedade ou não de notificar a empresa contratada, lhe concedendo prazo, quando ocorrer o descumprimento da regra legal.

Isto porque, nesta hipótese, a qual implica em inexecução parcial do contrato, a Administração possui a faculdade de aplicar as sanções dispostas no artigo 87¹⁰ da Lei 8.666/1993, ou até mesmo optar pela rescisão contratual, conforme artigo 77¹¹ c/c artigo 78, inciso I¹², do mesmo diploma legal.

Apresentados estes fundamentos preliminares, passo a analisar as questões propostas neste expediente:

PRIMEIRA QUESTÃO: No caso de inadimplência durante a execução do contrato, há obrigatoriedade de notificar a empresa contratada concedendo prazo para que a mesma regularize seus débitos junto ao Fisco?

A Lei de Licitações, no Parágrafo único, do artigo 78, previu que que “Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa”.

Ainda que faltasse o texto legal, o contraditório e a ampla defesa são garantias constitucionais indissociáveis, que caminham em paralelo ao processo administrativo e judicial. Além do mais, o devido processo legal exige a outorga da plenitude de defesa.

É incontestável que o administrador público deve agir sob o comando constitucional e legal, assegurando o contraditório e a ampla defesa no procedimento instaurado para a apuração da irregularidade fiscal.

10 Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

11 Art. 77. A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as consequências contratuais e as previstas em lei ou regulamento.

12 Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre a necessária oportunidade de defesa, na hipótese de rescisão contratual decorrente de irregularidade fiscal:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRATO. RESCISÃO. IRREGULARIDADE FISCAL. RETENÇÃO DE PAGAMENTO.

1. É necessária a comprovação de regularidade fiscal do licitante como requisito para sua habilitação, conforme preconizam os arts. 27 e 29 da Lei nº 8.666/93, exigência que encontra respaldo no art. 195, § 3º, da CF.
2. A exigência de regularidade fiscal deve permanecer durante toda a execução do contrato, a teor do art. 55, XIII, da Lei nº 8.666/93, que dispõe ser “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”.
3. Desde que haja justa causa e oportunidade de defesa, pode a Administração rescindir contrato firmado, ante o descumprimento de cláusula contratual.
4. Não se verifica nenhuma ilegalidade no ato impugnado, por ser legítima a exigência de que a contratada apresente certidões comprobatórias de regularidade fiscal.
5. Pode a Administração rescindir o contrato em razão de descumprimento de uma de suas cláusulas e ainda imputar penalidade ao contratado descumpridor. Todavia a retenção do pagamento devido, por não constar do rol do art. 87 da Lei nº 8.666/93, ofende o princípio da legalidade, insculpido na Carta Magna.
6. Recurso ordinário em mandado de segurança provido em parte.¹³

Essa matéria não é nova, haja vista o dispositivo lançado na própria Lei de Licitações, de 1993 (Lei nº 8666/93). No entanto, em 2010, o Tribunal de Contas da União (TCU), ao julgar o Relatório de Auditoria (Acórdão 3382/2010), que apurou a conformidade no Cadastro Integrado da Dívida Ativa da União (CIDA), quando tratou a respeito da regularidade fiscal, emitiu o item 3.28, no seguinte sentido:

3.28. Embora seja a forma atual mais eficaz de se exigir a regularidade fiscal da contratada, a aplicação de multa não tem sido adotada pela maioria dos órgãos, conforme análise da amostra. Os contratos não contêm cláusulas expressas no sentido de se prever aplicação de multa caso a contratada deixe de comprovar a regularidade fiscal. Além disso, a precitada mensagem da STN e SLTI registrada no Siafi (fl. 147, Anexo 3) orienta os ordenadores de despesa a providenciar apenas a penalidade de advertência das contratadas que deixem de comprovar a regularidade fiscal. Há necessidade de mudança na orientação aos órgãos para que incluam cláusulas nos editais e contratos prevendo a aplicação de multa, após prévia defesa, aos contratados que deixam de manter a regularidade fiscal. (destaques nossos)

Não há dúvida, assim, de que, conforme Parágrafo único, do artigo 78, da Lei nº 8.666/1993, deve ser oportunizado o contraditório e a ampla defesa ao contrata-

¹³ Superior Tribunal de Justiça. RMS 24953/CE – Ministro CASTRO MEIRA. Segunda Turma, por unanimidade DJe 17/03/2008.

do, no processo administrativo instaurado para apurar sua inadimplência fiscal, de modo que venha comprovar sua regularidade, como exige o artigo 55, inciso XIII, do mesmo diploma legal.

O parecerista da Câmara Municipal, em relação ao questionamento, respondeu que é imprescindível a notificação da empresa, a fim de que seja observado o contraditório e a ampla defesa, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, regularize as certidões fiscais, trabalhistas e previdenciárias, sob pena de instauração de processo administrativo, e, eventualmente, aplicação de sanções administrativas, notadamente a rescisão contratual, a aplicação de multa contratual ou advertência. Esta leitura, diferentemente, não decorre dos dispositivos legais acima reproduzidos.

Porque o que o parecerista defende como imprescindível é a prévia notificação do contratado, concedendo-lhe prazo para o contraditório e a ampla defesa, para regularizar a sua inadimplência fiscal, sob pena de instauração de processo administrativo.

Entretanto, o processo administrativo é o próprio ambiente que assegura o cumprimento do devido processo legal.

Não existe qualquer impedimento para que a Administração faça como o procurador propõe, do mesmo modo que não existe qualquer previsão legal que estabeleça esta notificação prévia, com o oferecimento de prazo para o contraditório e a ampla defesa como condição à instauração de processo administrativo.

É claro que a Administração não deve atuar de modo arbitrário e pode sim diligenciar junto à contratada, para apurar se ela está ou não inadimplente perante o Fisco, oferecendo, inclusive, prazo razoável para que comprove sua regularidade. Porém, a Lei de Licitações n.º 8666/1993 assim não o previu.

Também é certo que a Câmara Municipal pode contar com um regramento próprio, normatizando as rotinas e procedimentos administrativos relativos à gestão e fiscalização contratual, bem como em relação à aplicação de sanções administrativas, como o fez este Tribunal de Contas do Paraná, pela sua Instrução de Serviço n.º 119/2018.

Deste modo, diante do que foi ponderado, proponho que o primeiro questionamento seja assim respondido:

Conforme Parágrafo único, do artigo 78, da Lei n.º 8.666/1993, deve ser oportunizado o contraditório e a ampla defesa ao contratado, em processo administrativo instaurado para apurar sua inadimplência fiscal e eventual rescisão contratual.

SEGUNDA QUESTÃO: Em sendo obrigatório a concessão do prazo mencionado na questão, de quanto tempo deve ser?

Como tratado anteriormente, o processo administrativo de apuração do descumprimento contratual é o ambiente garantidor do devido processo legal. Não é

demais lembrar que é obrigação do contratado manter, durante toda a execução do ajuste, as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, dentre as quais, a regularidade fiscal - conforme inciso XIII¹⁴, do artigo 55 da Lei n° 8.666/1993.

Em relação aos prazos aplicáveis no processo administrativo, convém mencionar que ele foi regulado no âmbito da Administração Pública Federal pela Lei n° 9.784/1999.

Inclusive, nos termos da recém editada Súmula n° 633¹⁵, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o seguinte entendimento:

A Lei n.º 9.784/99, especialmente no que diz respeito ao prazo decadencial para a revisão de atos administrativos no âmbito da Administração Pública federal, pode ser aplicada, de forma subsidiária, aos estados e municípios, se inexistente norma local e específica que regule a matéria.

Deste modo, não possuindo os estados e os municípios norma local específica sobre o tema, podem aplicar, subsidiariamente, o referido diploma de aplicação federal.

Nesse passo, não haveria como aliar-se às manifestações da CGM e do órgão ministerial, quando propõem a fixação do prazo de 15 (quinze) dias, para o exercício do contraditório e ampla defesa, por analogia com o Código de Processo Civil. Isto, primeiramente, porque não é o arcabouço legal que primeiro socorre o questionamento proposto. Segundo, pois não é atribuição desta Corte fixar regramento processual.

Ademais, partindo-se da resposta da primeira pergunta, esta segunda acaba por prejudicada.

Como foi exposto, da Lei n.º 8.666/1993 não se extrai a obrigação da Administração em notificar previamente o contratado em situação de irregularidade fiscal, como condição à instauração do processo administrativo. O processo administrativo de apuração do descumprimento contratual é o ambiente próprio garantidor do devido processo legal.

Nessa esteira, não há que se falar no prazo da questionada notificação.

Por fim, a Consulente apresentou sua terceira dúvida:

TERCEIRA QUESTÃO: Poderá o Ente Público providenciar a rescisão contratual sem conceder prazo para que a empresa regularize seus débitos fiscais, tendo em vista o descumprimento da cláusula contratual da não manutenção da regularidade fiscal durante a execução do contrato?

14 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.

15 Súmula 633, Primeira Seção, julgado em 12/06/2019, DJe 18/06/2019, DJe 17/06/2019.

A resposta desta terceira pergunta está contida naquela dada ao primeiro questionamento. Da apresentação dos dispositivos pertinentes da Lei n.º 8.666/93, da matéria proposta, fica fácil concluir que a Administração Pública contratante só poderá rescindir o contrato administrativo firmado com a empresa contratada que não manteve sua regularidade fiscal durante a execução do contrato após prévio processo administrativo instaurado para apurar o descumprimento da obrigação legal, o qual exige, entre outros, a concessão do contraditório e a ampla defesa.

2.1 CONCLUSÃO

De todo o que foi exposto, com base nos fundamentos apresentados, VOTO pelo conhecimento da Consulta para, no mérito, responder a primeira e a terceira perguntas propostas pela Consulente, restando a segunda prejudicada, da seguinte forma:

1. No caso de inadimplência durante a execução do contrato, há obrigatoriedade de notificar a empresa contratada concedendo prazo para que a mesma regularize seus débitos junto ao Fisco? Conforme Parágrafo único, do artigo 78, da Lei n.º 8.666/1993, deve ser oportunizado o contraditório e a ampla defesa ao contrato, em processo administrativo instaurado para apurar sua inadimplência fiscal e eventual rescisão contratual.

2. Poderá o Ente Público providenciar a rescisão contratual sem conceder prazo para que a empresa regularize seus débitos fiscais, tendo em vista o descumprimento da cláusula contratual da não manutenção da regularidade fiscal durante a execução do contrato? A Administração Pública contratante só poderá rescindir o contrato administrativo firmado com a empresa contratada que não manteve sua regularidade fiscal durante a execução do contrato após prévio processo administrativo instaurado para apurar o descumprimento da obrigação legal, o qual deve observar, entre outros, o direito ao contraditório e a ampla defesa.

Após o trânsito em julgado, remeta-se o protocolado à Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca – SJB¹⁶ para as devidas anotações e à Coordenadoria-Geral de Fiscalização – CGF para ciência, ficando, na sequência, autorizado o encerramento do feito, em conformidade com o art. 398, § 1º, do Regimento Interno¹⁷, e seu arquivamento junto à Diretoria de Protocolo – DP.

16 Regimento Interno:
Art. 175-D. A Escola de Gestão Pública compõe-se das Áreas de Capacitação e de Jurisprudência.

§ 2º Compete à Área de Jurisprudência:
III - manter atualizados os atos normativos e jurisprudência na intranet e no sítio do Tribunal;

17 Art. 398.
§ 1º Proferida a decisão monocrática ou do órgão colegiado, com o respectivo trânsito em julgado e certificado seu integral cumprimento, o processo será encerrado, mediante despacho do relator.”

3 DA DECISÃO

VISTOS, relatados e discutidos, ACORDAMOS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro IVAN LELIS BONILHA, por unanimidade, em conhecer a Consulta, uma vez presentes os pressupostos de admissibilidade, para, no mérito, responder a primeira e a terceira perguntas propostas pela Consulente, restando a segunda prejudicada, da seguinte forma:

I – No caso de inadimplência durante a execução do contrato, há obrigatoriedade de notificar a empresa contratada concedendo prazo para que a mesma regularize seus débitos junto ao Fisco? Conforme Parágrafo único, do artigo 78, da Lei n.º 8.666/1993, deve ser oportunizado o contraditório e a ampla defesa ao contrato, em processo administrativo instaurado para apurar sua inadimplência fiscal e eventual rescisão contratual.

II – Poderá o Ente Público providenciar a rescisão contratual sem conceder prazo para que a empresa regularize seus débitos fiscais, tendo em vista o descumprimento da cláusula contratual da não manutenção da regularidade fiscal durante a execução do contrato? A Administração Pública contratante só poderá rescindir o contrato administrativo firmado com a empresa contratada que não manteve sua regularidade fiscal durante a execução do contrato após prévio processo administrativo instaurado para apurar o descumprimento da obrigação legal, o qual deve observar, entre outros, o direito ao contraditório e a ampla defesa.

III – determinar, após o trânsito em julgado, a remessa do protocolado à Supervisão de Jurisprudência e Biblioteca – SJB para as devidas anotações e à Coordenadoria-Geral de Fiscalização – CGF para ciência, na sequência, o encerramento do feito, em conformidade com o art. 398, § 1º, do Regimento Interno, e seu arquivamento junto à Diretoria de Protocolo – DP.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO, FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES, IVAN LELIS BONILHA, JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL e FABIO DE SOUZA CAMARGO e o Auditor CLÁUDIO AUGUSTO KANIA.

Presente a Procuradora do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas ELIZA ANA ZENEDIN KONDO LANGNER.

Sala das Sessões, 18 de setembro de 2019 – Sessão nº 33.

IVAN LELIS BONILHA
Conselheiro Relator

NESTOR BAPTISTA
Presidente