

Procuradoria
Geral do
Estado



ESTADO DE GOIÁS
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
GABINETE

PROCESSO: 202100036014936

INTERESSADO: DIRETORIA DE OBRAS RODOVIÁRIAS

ASSUNTO: CONSULTA

DESPACHO Nº 478/2022 - GAB

EMENTA: 1. CONSULTA. 2. QUESTÕES INCIDENTAIS EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO EM CURSO NA GOINFRA. 3. A MERA REPRODUÇÃO LITERAL DA LETRA DO INCISO III DO ART. 29 DA LEI NACIONAL Nº 8.666/1993, NO EDITAL DO CERTAME CONSTANTES DOS AUTOS, COMPELE À PREVALÊNCIA DA INTERPRETAÇÃO EM PROL DA EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ADIMPLÊNCIA COM TODOS OS TRIBUTOS CONCERNENTES À RESPECTIVAS FAZENDAS PÚBLICAS FEDERAL, ESTADUAL E MUNICIPAL, INDEPENDENTEMENTE DA ATIVIDADE DO LICITANTE, SOB PENA DE INABILITAÇÃO: PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO EDITAL, DA LEGALIDADE, DA ISONOMIA, DA LICITUDE DA LIVRE CONCORRÊNCIA E DA SEGURANÇA JURÍDICA. 4. FORTUITA RESSALVA A ESSA DIRETIVA EM EVENTUAIS FUTUROS CERTAMES VINDOUROS, PARA FIM DE RESTRINGIR A REGRA DO INCISO III DO ART. 29 DA LEI NACIONAL Nº 8.666/1993 AOS TRIBUTOS DE TITULARIDADE DA FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE GOIÁS E ÀQUELES, QUE SENDO DE TITULARIDADE DE OUTROS ENTES FEDERADOS, POSSUEM RELAÇÃO COM O OBJETO DA CONTRATAÇÃO, HÁ DE SE EFETIVAR EM CARÁTER EXCEPCIONAL DEVIDAMENTE JUSTIFICADO E DESDE QUE MEDIANTE INDICAÇÃO PRECISA NO ATO CONVOCATÓRIO. 5. EVENTUAL NÃO CONHECIMENTO DE RECURSO ADMINISTRATIVO POR ASPECTOS FORMAIS NÃO AFASTA O PODER-DEVER DE AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA PARA REVISÃO DE ATOS ILEGAIS. 6. **DESPACHO REFERENCIAL. PORTARIA Nº 170-GAB/2020-PGE. MATÉRIA ORIENTADA.**

1. Nestes autos onde tramita a **Concorrência nº 01/2022 – GOINFRA (000026796908)**, sob conduto da Agência Goiana de Infraestrutura e Transportes, visando a *“contratação de empresa de engenharia para execução da obra de pavimentação da GO-180 trecho entre BR-364/ GO- 467/ KM 156,44, extensão 25,63 KM”*, a Gerência de Licitação da entidade, à guisa do **Despacho nº 418/2022 - GOINFRA/GI-GELIC-13150 (000028644156)**, formulou questão incidental consubstanciada no cabimento da inabilitação de *“licitante pela não comprovação de regularidade fiscal relativamente aos tributos municipais imobiliários ou de natureza não tributária, em sede de licitação cujo objeto consiste na execução de obra rodoviária”*, bem como na possibilidade de conhecimento de *“alegação recursal em sede de contrarrecurso (recurso adesivo), mesmo ultrapassado o prazo para apresentação de recurso”*.

2. O processo fora submetido à oitiva da Procuradoria Setorial da Agência Goiana de Infraestrutura e Transportes que, através do **Parecer Jurídico GOINFRA/PR-PROSET-ANS-18760 nº 210/2022** (000028806438), realçou a ausência de consenso doutrinário e jurisprudencial acerca da temática, sendo que malgrado tenha destacado o posicionamento do Supremo Tribunal Federal[1] em prol da licitude da abrangência da exigência de regularidade fiscal por não reputá-la potencialmente configuradora de sanção política, além da inteligência do Superior Tribunal de Justiça[2] no sentido de que a prova de regularidade requestada perante as Fazendas Públicas Federal, Estadual e Municipal, pelo inciso III do art. 29 da Lei nacional nº 8.666/1993, independe da atividade do licitante, defendeu ser mais adequada a compreensão do preceito editalício, que reproduziu o texto legal, na linha de que *“a exigência de regularidade fiscal se aplica apenas aos débitos de titularidade da Fazenda Estadual, bem como daqueles que, sendo de titularidade de outros entes, possuam relação com o objeto a ser contratado”*. Com relação à segunda indagação formulada, respondeu-lhe aduzindo que o *“recurso interposto fora do prazo não deve ser conhecido”*, muito embora *“com fundamento no dever-poder de autotutela (Súmula 473 do STF)”* e *“no princípio da verdade material, que norteiam os processos administrativos, entende-se que, ainda assim, seria possível à Administração”* proceder à revisão de ato supostamente ilegal.

3. Com fulcro no inciso I do art. 1º c/c §1º do art. 2º da **Portaria nº 170/2020-GAB/PGE**[3], a controvérsia veio ao desenredo jurídico do Gabinete desta Casa.

4. Pois bem. Em proêmio, cumpre salientar que na esteira do próprio encaminhamento promovido pela Procuradoria Setorial da Agência Goiana de Infraestrutura e Transportes, a explanação adiante aduzida dar-se-á com enfoque circunscrito ao impasse abordado pelo **Parecer Jurídico GOINFRA/PR-PROSET-ANS-18760 nº 210/2022** (000028806438), sem digressões sobre a instrução processual e/ou sobre o procedimento licitatório em curso e demais aspectos acerca de ocasional contratação, na medida em que, por injunção do §1º do art. 47 da Lei Complementar nº 058/2006 e inciso I do art. 12 do Decreto nº 9.882/2021, com a regulamentação da **Portaria nº 266-GAB/2021 – PGE**[4], se tratam de atribuições ordinárias afetas à unidade jusconsultiva da origem.

5. Sob esse comedimento avanço com o conhecimento do *meritum causae*, com o propósito de consignar, no que atine ao primeiro questionamento manejado pela Gerência de Licitação da Agência Goiana de Infraestrutura e Transportes (000028644156), que ainda que não mereça retoques as ponderações gerais traçadas acerca do tópico pelos subitens 2.5 a 2.13 e 2.18 pelo **Parecer Jurídico GOINFRA/PR-PROSET-ANS-18760 nº 210/2022** (000028806438), pede-se vênia para destoar do disposto nos seus subitens 2.14 a 2.17 e alíneas “a” e “b” do subitem 4.1, mas, no caso concreto, a reprodução pelo subitem 04.03.03 do edital da **Concorrência nº 01/2022 – GOINFRA** (000026796908), da literalidade do ditame do inciso III do art. 29 da Lei nacional nº 8.666/1993, compele à interpretação pela exigência da comprovação, por parte do licitante, da sua adimplência com os todos os tributos concernentes às respectivas Fazendas Públicas Federal, Estadual e, sobretudo, a Municipal.

6. E assim há de ser porque uma vez não ressalvada, no bojo do edital, a amplitude da exigência do inciso III do art. 29 da Lei nacional nº 8.666/1993, com a especificação de um determinado tributo vindicável em exclusão aos demais, não remanesce discricionariedade à Comissão de Licitação para supervenientemente fazê-lo, já no curso do certame, quando tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Superior Tribunal de Justiça, já assentaram a legitimidade do requisito da prova de regularidade fiscal perante as Fazendas Públicas Federal, Estadual e Municipal, *“independentemente da atividade do licitante”* [5], como forma de *“combater estruturas empresariais que têm na inadimplência tributária sistemática e consciente sua maior vantagem concorrencial”* [6] e, por conseguinte, com o fito de preservar o lícito desempenho da livre concorrência e a isonomia da disputa, em deferência aos preceitos plasmados, respectivamente, no inciso IV do *caput* c/c parágrafo único do art. 170 e *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

7. Anota-se que mesmo Marçal Justen Filho[7], o qual usualmente defende uma corrente mais restritiva sobre a matéria, admite “**que a expressão ‘Fazenda Pública’, constante do regramento, “não se destina a identificar o conteúdo e a extensão da ‘regularidade’, mas o sujeito perante quem se exige a regularidade**”, sendo que também Ronny Charles Lopes de Torres[8], citado pelo subitem 2.7 do opinativo da Procuradoria Setorial (000028806438), anui com a plausibilidade da natureza “*promocional*” da norma do inciso III do art. 29 da Lei nacional nº 8.666/1993, ao fundamento de que além de desestimular aqueles que “*se desviam de suas obrigações fiscais*” e incentivar “*os adimplentes com seus encargos tributários*”, “**apresenta-se [...] como um instrumento de garantia da isonomia, pois parece injusto permitir a participação no certame, daqueles que não honram suas obrigações fiscais**”, até porque, por não terem gastos com tais custos, podem ofertar “*propostas menores, mas não melhores para o interesse público*”.

8. Nesse particular convém que se tenha em mira, ainda, o magistério de Flávio Amaral Garcia:

Questão polêmica reside em se saber a extensão dos tributos exigidos na regularidade fiscal.

Uma primeira interpretação considera que se o objeto da licitação, por exemplo, é a prestação de serviços, sua exigência de regularidade fiscal deve ser restrita ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza/ISS, não sendo razoável excluir o licitante por eventual débito do Imposto Predial e Territorial Urbano/IPTU. O fundamento para essa corrente seria o disposto no art. 193 do CTN, que sugere, na sua parte final, que apenas os tributos relativos à atividade poderiam ser exigidos.

Uma segunda corrente, que vem sendo majoritariamente aceita em todos os entes federados, entende que deve ser exigida a regularidade de todos os tributos com as respectivas Fazendas, eis que a preocupação é que o futuro contratado seja capaz de executar o objeto do contrato, o que poderia ser dificultado no caso da existência de débitos e reiterados inadimplementos no pagamento dos tributos devidos. O inadimplemento poderia, inclusive, prejudicar a isonomia na formulação das propostas, na medida em que um licitante que seja um contumaz devedor de tributos pode, em tese, apresentar uma proposta de preços mais competitiva.

Reverendo o posicionamento anterior e o ângulo da proteção do interesse público e da própria segurança da contratação, essa interpretação é a que melhor se coaduna com as finalidades cogitadas pelo legislador.

[9]

(grifos apostos)

9. Diante, pois, da preponderância do entendimento jurisprudencial e doutrinário a favor do cabimento da exigência da prova de regularidade de todos os tributos perante as respectivas Fazendas Públicas Federal, Estadual Municipal, independentemente da atividade do licitante, bem como à vista da sua ordinária adoção nas licitações e contratações levadas à cabo pela Administração, à guisa da literalidade do inciso III do art. 29 da Lei nacional nº 8.666/1993 amparada pelo inciso IV do *caput* c/c parágrafo único do art. 170 e *caput* do art. 37 da Constituição Federal, negado é supor que se possa vir a aleatoriamente conferir, já durante o desenrolar da licitação, outra interpretação ao subitem 04.03.03 do edital da **Concorrência nº 01/2022 – GOINFRA** (000026796908), com indiferença ao fato de que o mesmo meramente reproduz texto legal sobre o qual, há muito, se dá a legítima prática da corrente ampliativa pelo Estado de Goiás, por lhe divisar mais condizente à proteção do interesse público e à própria segurança da contratação.

10. A vinculação ao edital cristaliza, *litteratim*, a vinculação à lei, de modo que a eventual ressignificação da regra do inciso III do art. 29 da Lei nacional nº 8.666/1993, na situação em testilha, representaria não apenas suas violações, mas, também, a afronta ao princípio da segurança jurídica.

11. Conforme ensinamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O procedimento da licitação é quase inteiramente vinculado, é vinculado à lei e ao edital. A discricionariedade está presente na elaboração do edital (ato convocatório e/ou convite). A partir daí, tudo o que nele se contiver e não for impugnado pelos licitantes, obriga a Comissão de Licitação e os licitantes. As exigências são iguais para todos: a liberalidade em relação a um licitante vem em prejuízo dos outros, que atenderam a todas as exigências do edital, ofendendo, portanto, o princípio da isonomia. O rigorismo é igual para todos e constitui uma garantia de legalidade e igualdade para a Administração e para o administrado.

É verdade que a Administração tem interesse em receber o maior número possível de propostas: como também é verdade que o formalismo pode prejudicar esse objetivo. Mas não se pode esquecer que o art. 3º da Lei nº 8.666 colocou no mesmo pé de igualdade dois objetivos da licitação: o de garantir a observância constitucional da isonomia e o de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração. Não é possível, para prestigiar um, descumprir o outro. Até porque a Constituição que, no art. 37, inc. XXI, exige que o processo de licitação pública assegure igualdade de condições a todos os concorrentes.

[...] o objetivo de atender a proposta mais vantajosa não se sobrepõe, mas, antes, se amolda aos demais objetivos e princípios inerentes à licitação, dentre os quais o da vinculação ao edital.^[10] (sem negritos no original)

12. Daí porque, na espécie, exsurge impositiva a inabilitação de licitante que não comprovou a regularidade fiscal relativamente aos tributos municipais imobiliários ou de natureza não tributária, por ofensa ao disposto no subitem 04.03.03 do edital da **Concorrência nº 01/2022 – GOINFRA (000026796908)**.

13. Isso não significa, porém, que em circunstâncias excepcionais vindouras, devidamente justificadas pelo órgão licitante, não possa a Administração restringir a prova de regularidade fiscal enunciada pelo inciso III do art. 29 da Lei nacional nº 8.666/1993, aos tributos de titularidade da Fazenda Pública do Estado de Goiás e àqueles que, sendo de titularidade de outros entes federados, possuam relação com o objeto a ser contratado, tal como propugnado pelo subitem 2.14 do **Parecer Jurídico GOINFRA/PR-PROSET-ANS-18760 nº 210/2022 (000028806438)**, conquanto que o faça mediante expressa indicação dos tributos acerca dos quais será exigida a correlata documentação de habilitação.

14. De outra banda, no que tange à tônica da possibilidade, ou não, de conhecimento de recurso intempestivo, ratifico o disposto no item 3 e alínea “c” do subitem 4.1 do opinativo da Procuradoria Setorial da Agência Goiana de Infraestrutura e Transportes (000028806438), até porque expressa diretriz positivada no §2º do art. 63 da Lei estadual nº 13.800/2001, o qual, com aplicação subsidiária na espécie, preconiza “*que o não conhecimento do recurso não impede a Administração de rever o ato, se ilegal, desde que não ocorrida preclusão administrativa*”. É o que se extrai, em corroboração, da lição de Irene Patrícia Nohara e Thiago Marrara, ao discorrer sobre previsão idêntica constante da lei de processo administrativo federal:

A despeito do cumprimento dos requisitos de recebimento ou conhecimento de um recurso administrativo, requisitos esses contidos no art. 63, caput, da LPA, a autoridade deverá sempre levar em conta as razões do recurso para afastar atos processuais claramente ilegais. Mesmo que não cumpridos requisitos de recebimento, a autoridade competente que tiver conhecimento da prática de um ato inequivocamente ilegal em virtude da interposição do recurso não conhecido, deverá, imediatamente, anular referido ato, afastando, com isso, a violação ao ordenamento jurídico. Essa solução, ainda que prescindida de menção específica, foi tratada expressamente pelo art. 63, § 2º, da LPA.

O não conhecimento ou não recebimento do recurso administrativo por questões formais não pode ser utilizado pelo agente público como uma forma de escapar do princípio da legalidade administrativa. O não conhecimento não afasta o dever de a Administração rever de ofício atos ilegais. A mera ciência dos atos

ilegais, a despeito do prosseguimento do recurso, deverá levá-la a agir, afastando o ilícito apontado. Exceção a essa regra haverá apenas quando o prazo de cinco anos para anulação do ato ilegal, prescrito pelo art. 54, caput, da LPA, já tiver decorrido. Isso porque o decurso do prazo de anulação, conforme disposição da LPA, acarreta a decadência do direito de anular o ato administrativo.^[11]

15. Ante o exposto, aprovo parcialmente o **Parecer Jurídico GOINFRA/PR-PROSET-ANS-18760 nº 210/2022** (000028806438), com as ressalvas e os acréscimos delineados, vindo a reformular as conclusões nele lançadas com a síntese das seguintes orientações:

- a) a mera reprodução no edital da licitação da letra do inciso III do art. 29 da Lei nacional nº 8.666/1993 compele à interpretação em prol da exigência de comprovação da adimplência com todos os tributos concernentes às respectivas Fazendas Públicas Federal, Estadual e Municipal, independentemente da atividade do licitante, sob pena de inabilitação;
- b) em circunstâncias excepcionais vindouras, devidamente justificadas pelo órgão licitante, entende-se possível à Administração restringir a exigência da prova de regularidade fiscal enunciada pelo inciso III do art. 29 da Lei nacional nº 8.666/1993, aos tributos de titularidade da Fazenda Pública do Estado de Goiás e àqueles que, sendo de titularidade de outros entes, possuam relação com o objeto a ser contratado, desde que o faça mediante indicação precisa no ato convocatório;
- c) o eventual não conhecimento do recurso administrativo por questões formais não pode ser utilizado pelo agente público para se eximir do poder-dever de revisão de ofício de atos ilegais, via autotutela administrativa, conforme previsão enfeixada no §2º do art. 63 da Lei estadual nº 13.800/2001, subsidiariamente aplicável à hipótese.

16. Matéria orientada, restituo o processo à Agência Goiana de Infraestrutura e Transportes, via Procuradoria Setorial, para ciência e devidos fins. Antes, porém, dê-se ciência dessa orientação referencial (instruída com cópia do **Parecer Jurídico GOINFRA/PR-PROSET-ANS-18760 nº 210/2** e do presente Despacho) aos Procuradores do Estado lotados nas **Procuradorias Judicial, Regionais, Setoriais da Administração direta e indireta e no CEJUR** (este último, para os fins do art. 6º, § 2º, da Portaria nº 127/2018 GAB). Doravante, os Procuradores-Chefes de Procuradorias Setoriais deverão, diretamente, orientar administrativamente a matéria em feitos semelhantes, perfilhando as diretrizes deste despacho referencial, conforme art. 2º da Portaria nº 170-GAB/2020-PGE.

Juliana Pereira Diniz Prudente

Procuradora-Geral do Estado

GABINETE DA PROCURADORA-GERAL DO ESTADO

[1] STF, ADI nº 173/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 19/03/2009.

[2] STJ, REsp 138745/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, Dj 25/06/2001.

[3] In: <https://www.procuradoria.go.gov.br/files/Portarias2019/Portaria2020/PortariaN170.pdf>.

[4] Processo administrativo nº 202100003009640.

[5] STJ, REsp 138745/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, Dj 25/06/2001.

[6] STF, ADI nº 173/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 19/03/2009.

[7] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 869.

[8] TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de Licitações Públicas Comentadas*. 11ª ed. rev. ampl. e atual., Salvador: Juspodivm, 2021, p.

[9] GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 230-231.

[10] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; OLIVEIRA RAMOS, Dora Maria de; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos; D'AVILA, Vera Lúcia Machado. *Temos Polêmicas sobre Licitações e Contratos*. 5ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 43-44.

[11] NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago. *Processo administrativo: Lei nº 9.784/99 comentada*: Atlas, 2009, VitalBook file, p. 404.

NÚCLEO DE NEGÓCIOS PÚBLICOS, do (a) PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO , ao(s) 08 dia(s) do mês de abril de 2022.



Documento assinado eletronicamente por **JULIANA PEREIRA DINIZ PRUDENTE, Procurador (a) Geral do Estado**, em 08/04/2022, às 16:38, conforme art. 2º, § 2º, III, "b", da Lei 17.039/2010 e art. 3ºB, I, do Decreto nº 8.808/2016.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site http://sei.go.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=1 informando o código verificador **000029108588** e o código CRC **B51244EA**.

NÚCLEO DE NEGÓCIOS PÚBLICOS

RUA 2 293 Qd.D-02 Lt.20, ESQ. COM A AVENIDA REPÚBLICA DO LÍBANO, ED. REPUBLICA TOWER -
Bairro SETOR OESTE - GOIANIA - GO - CEP 74110-130 - .



Referência: Processo nº 202100036014936



SEI 000029108588