Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul

Tribunal Pleno

# ACÓRDÃO - AC00 - 515/2022

| | |
|---|---|
| **PROCESSO TC/MS** | : TC/10529/2019 |
| **PROTOCOLO** | : 1997622 |
| **TIPO DE PROCESSO** | : DENÚNCIA |
| **ÓRGÃO** | : AGÊNCIA ESTADUAL DE GESTÃO DE EMPREENDIMENTOS |
| **JURISDICIONADO** | : LUIS ROBERTO MARTINS DE ARAÚJO |
| **DENUNCIANTE** | : WALA ENGENHARIA LTDA |
| **ADVOGADOS** | : VINÍCIUS C. MONTEIRO PAIVA, OAB/MS 14.445 E ALEXANDRE JANÓLIO ISIDORO SILVA, OAB/MS OAB/MS 15.656 |
| **RELATOR** | : CONS. OSMAR DOMINGUES JERONYMO |

**EMENTA: DENÚNCIA – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – CONCORRÊNCIA – MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO DAS RODOVIAS ESTADUAIS PAVIMENTADAS E NÃO PAVIMENTADAS – SUPOSTAS IRREGULARIDADES NA EXECUÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO – RESCISÃO DO CONTRATO PELO ÓRGÃO – RETENÇÃO DE PAGAMENTO – AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES EXIGIDAS DURANTE A EXECUÇÃO – VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO – OBRIGAÇÃO DE MANUTENÇÃO DE TODAS AS CONDIÇÕES DE HABILITAÇÃO E QUALIFICAÇÃO EXIGIDAS NA LICITAÇÃO – LEGALIDADE DA RESCISÃO CONTRATUAL – PREVISÃO CONTIDA NO ARTIGO 78, I, DA LEI N. 8.666/93 – RETENÇÃO DOS PAGAMENTOS – CONSEQUÊNCIA DO DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL E DA PROIBIÇÃO DE PAGAMENTO DE VALORES PARA EMPRESA COM DÍVIDA TRIBUTÁRIA – INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA – IMPROCEDÊNCIA – ARQUIVAMENTO.**

1. Em atenção ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto no art. 3º, c/c o art. 41, ambos da Lei n. 8.666/1993, tanto a Administração Pública quanto aquele que com ela contrata deve estrita obediência às normas definidoras da contratação estabelecidas no instrumento convocatório, inseridos nesse contexto os anexos que a ele pertencem. Já o art. 55, XIII, da Lei n. 8.666/1993 determina a inserção de cláusula contratual estabelecendo a obrigação de o contratado 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. E a lei determina que a minuta do contrato seja parte integrante do edital.

2. A exigência das certidões mencionadas (certificado de regularidade de FGTS-CRF; prova de regularidade para com a Fazenda Pública Federal: Certidão Negativa quanto à Dívida Ativa da União; Tributos Federais e a Seguridade Social (INSS); Certidão Negativa da Fazenda Estadual e Certidão Negativa da Fazenda Pública Municipal; Declaração de regularidade e adimplemento de verbas trabalhistas, nos moldes do Anexo VI do Edital) nada mais é do que um dever da Administração, e a reiteração no descumprimento de cláusula contratual dá ensejo à rescisão contratual, conforme a

previsão contida no artigo 78, I, da Lei n. 8.666/1993.

3. A retenção de pagamento não compõe o rol de sanções administrativas previstas na Lei n. 8.666/93, no entanto, o art. 80, IV, do citado normativo, permite a retenção de créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração em caso de rescisão contratual prevista no art. 79, I, da Lei n. 8.666/1993. Eventual retenção de pagamento de obras e/ou serviços entregues e liquidados, feita no curso do contrato, não tem natureza jurídica de penalidade ou de ato volitivo da Administração, mas trata-se de impedimento legal/constitucional de pagamento pelo Órgão Público e de consequência do inadimplemento da contratada em 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 (artigo 55, XIII, Lei n. 8.666/93). Logo, a retenção no caso é consequência do descumprimento de cláusula contratual e da proibição de pagamento de valores para empresa com dívida tributária.

4. A alegação de cerceamento de defesa pela denunciante é afastada em razão da verificação nos autos de documento que demonstra, ao menos, o oferecimento de oportunidade para contradizer a decisão administrativa e se defender dos motivos alegados para a rescisão do contrato.

5. Improcedência da denúncia formulada em razão de supostas irregularidades na execução do Contrato Administrativo decorrente de procedimento licitatório Concorrência, que afastadas, ensejando o arquivamento do processo.

**ACÓRDÃO**

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 3ª Sessão Reservada Virtual do Tribunal Pleno, realizada de 6 a 9 de dezembro de 2021, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, pela **improcedência** da denúncia apresentada pela empresa Wala Engenharia Ltda., nos termos do art. 129, I, do RITC/MS; pelo **arquivamento** do presente processo, nos termos do art. 129, I, "b", do RITC/MS; pela **quebra do sigilo processual**, nos termos do art. 61, § 6º, do RITC/MS.

Campo Grande, 9 de dezembro de 2021.

Conselheiro **Osmar Domingues Jeronymo** – Relator

**RELATÓRIO**

O Exmo. Sr. Conselheiro Osmar Domingues Jeronymo – Relator

Tratam os autos de denúncia oferecida pela empresa Wala Engenharia Ltda., em desfavor da Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos – AGESUL, em razão de supostas irregularidades na execução do Contrato Administrativo n. 205/2016, decorrente do procedimento licitatório Concorrência n. 21/2015, cujo objeto é a contratação de empresa para a manutenção e a conservação das rodovias estaduais pavimentadas e não pavimentadas que pertencem à malha rodoviária da 16ª Residência Rodoviária Regional de Bela Vista-MS.

A denúncia foi recebida pela Presidência desta Corte de Contas, por meio do Despacho DSP-GAB.PRES.-38023/2019, por preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 126 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas (RITC/MS), aprovado pela Resolução TCE/MS n. 98/2018.

A denúncia tem por objetivo impugnar atos praticados pela AGESUL, quais sejam:

a) despacho do Procurador-Chefe da Procuradoria Jurídica da Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos (PJUR/AGESUL), exarado no Processo n. 57/100.336/2015, que determinou a rescisão do contrato firmado com a contratada Wala Engenharia Ltda., com base no art. 78, inciso I c/c o art. 79, inciso I, todos da Lei n. 8.666/93, sem a observância do contrato e do devido processo legal;

b) a retenção de pagamento dos serviços executados pela contratada, por prazo superior a 90 (noventa) dias (art. 78, XV, da Lei n. 8.666/93), em desconformidade com o previsto no Contrato n. 205/2016, na lei e na jurisprudência pátria.

A denunciante alega que as ilegalidades na qual se embasou a rescisão é a suposta ausência de apresentação de certidões negativas de débitos (CND) pela contratada, que resultaram em notificações que foram cumpridas pela empresa denunciante com a apresentação das certidões ou de justificativas por suas ausências.

Informa que, por ser optante do parcelamento simplificado de débitos junto à Receita Federal do Brasil (RFB) e à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), a certidão (positiva com efeitos de negativa) não foi expedida de maneira imediata e é objeto do pedido do Mandado de Segurança n. 5006760-33.2019.4.03.6000.

Alega que não haveria o condicionamento de pagamento, mediante a apresentação de certidões no corpo do contrato, com utilização de parecer da procuradoria jurídica da AGESUL, e que a denunciada estaria em débito com a denunciante desde junho/2019, prazo maior que 90 dias, comprometendo a

prestação satisfatória do objeto do contrato.

Afirmou, ainda, que o ofício que comunicou a rescisão do contrato foi exarado sem a abertura de oportunidade para apresentação de defesa pela contratada, em desobediência ao artigo 78, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93, pois além das citadas certidões ausentes, também haveria a justificativa de descumprimento insatisfatório de metas contratuais.

Por fim, pediu medida liminar para a suspensão do procedimento de rescisão contratual, ao final, o julgamento pela procedência da denúncia com a determinação do pagamento dos atrasados.

Os autos foram encaminhados à Divisão de Fiscalização de Obras, Serviços de Engenharia e Meio Ambiente para análise pela equipe técnica competente, que se manifestou pela improcedência da denúncia, consoante o disposto na Análise ANA - DFEAMA - 9145/2020, cuja documentação analisada está acostada no presente processo, no TC/6116/2017, no TC/20697/2016, no TC/15901/2015 e informações disponíveis no Diário Oficial do Estado de Mato Grosso do Sul – DOE/MS.

O Ministério Público de Contas emitiu Parecer PAR-2ªPRC-10111/202 nos seguintes termos:

> "Mediante o exposto, este Ministério Público de Contas se pronuncia pelo acolhimento integral das recomendações propostas pelo Corpo Técnico e se manifesta sugerindo que esta egrégia Corte de Contas adote o seguinte julgamento:
> I - **IMPROCEDÊNCIA** da Denúncia e **ARQUIVAMENTO** do presente processo com fundamento no artigo 129, inciso I, alínea "b", da Resolução TC/MS n. 98/2018;
> II - **COMUNICAÇÃO** do resultado do julgamento aos interessados, nos termos da legislação vigente." (grifo original)

**VOTO**

O Exmo. Sr. Conselheiro Osmar Domingues Jeronymo – Relator

Em análise, a denúncia ofertada pela empresa Wala Engenharia Ltda., em desfavor da Agência Estadual de Gestão de Empreendimentos – AGESUL, em razão de supostas irregularidades na execução do Contrato Administrativo n. 205/2016, decorrente do procedimento licitatório Concorrência n. 21/2015, cujo objeto é a contratação de empresa para a manutenção e a conservação das rodovias estaduais pavimentadas e não pavimentadas que pertencem à malha rodoviária da 16ª Residência Rodoviária Regional de Bela Vista-MS.

Sobre a apresentação de certidões comprobatórias, os arts. 27 a 33 da Lei n. 8.666/93 preveem que a empresa apresente, como condição de habilitação na licitação, certidões que comprovem sua regularidade jurídica, técnica, econômico-financeira, fiscal, trabalhista e de proteção aos menores de 18 anos.

O art. 55, XIII, da Lei n. 8.666/93 determina como cláusula de presença obrigatória nos contratos a de que o contratado mantenha durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação:

> 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.
> [...]

Deste modo, a pessoa física ou jurídica que contratar com a Administração Pública deve manter e comprovar as condições de habilitação e qualificação exigidas no procedimento licitatório durante todo o prazo de vigência contratual.

O Contrato Administrativo n. 205/2016, celebrado entre a AGESUL e a empresa Wala Engenharia Ltda., em sua cláusula quarta, alínea “e”, estabelece que os pagamentos sejam efetuados em até 30 dias, contados da data da apresentação efetiva da medição, com as respectivas notas fiscais, devidamente, conferidas, aprovadas e atestadas, acompanhadas dos seguintes documentos:

a) certificado de regularidade de FGTS-CRF;

b) prova de regularidade para com a Fazenda Pública Federal: Certidão Negativa quanto à Dívida Ativa da União; Tributos Federais e a Seguridade Social (INSS);

c) Certidão Negativa da Fazenda Estadual e Certidão Negativa da Fazenda Pública Municipal;

d) Declaração de regularidade e adimplemento de verbas trabalhistas, nos moldes do Anexo VI do Edital.

Assim, em atenção ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto no art. 3º, c/c o art. 41, ambos da Lei n. 8.666/93, tanto a Administração Pública quanto aquele que com ela contrata devem estrita obediência às normas definidoras da contratação estabelecidas no instrumento convocatório, inseridos nesse contexto os anexos que a ele pertencem.

Já o art. 55, inciso XIII, da Lei n. 8.666/93 determina a inserção de cláusula contratual estabelecendo a obrigação do contratado 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. E a lei

determina que a minuta do contrato seja parte integrante do edital.

Nesse sentido, entendo que a exigência das certidões acima mencionadas nada mais é do que um dever da Administração, e a reiteração no descumprimento de cláusula contratual dá ensejo à rescisão contratual, conforme a previsão contida no artigo 78, I, da Lei n. 8.666/93, não assistindo razão à denunciante nesse quesito.

No que tange à retenção de pagamentos pela AGESUL, por prazo superior a 90 (noventa) dias, em desconformidade com o estabelecido no Contrato n. 205/2016, na lei e na jurisprudência pátria, cumpre esclarecer que tal fato decorreu por descumprimento de obrigação contratual por parte da empresa contratada, conforme acima explicitado.

É imperioso mencionar que as previsões legais e constitucionais são claras sobre o assunto.

De fato, a retenção de pagamento não compõe o rol de sanções administrativas previstas na Lei n. 8.666/93. No entanto, o art. 80, IV, do citado normativo, permite a retenção de créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração em caso de rescisão contratual prevista no art. 79, inciso I, da Lei n. 8.666/93.

Eventual retenção de pagamento de obras e/ou serviços entregues e liquidados, feita no curso do contrato, não tem natureza jurídica de penalidade ou de ato volitivo da Administração, mas trata-se de impedimento legal/constitucional de pagamento pelo Órgão Público e de consequência do inadimplemento da contratada em 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 (artigo 55, XIII, Lei n. 8.666/93).

O artigo 195, §3º, da CF/88 proíbe que o Poder Público contrate ou conceda benefício creditício à pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, razão pela qual se exige a CND com a União (RFB-PGFN)

Assim, entendo que não houve a retenção punitiva de pagamentos pela Administração, mas tão somente a consequência do descumprimento de cláusula contratual e a proibição de pagamento de valores para empresa com dívida tributária, motivo pelo qual considero que não assiste razão à denunciante.

A denunciante também alegou que não foi oferecida a oportunidade de se defender antes da rescisão contratual, tendo a AGESUL desobedecido o comando disposto no parágrafo único do artigo 78 da Lei n. 8.666/93.

Ocorre que a própria denunciante trouxe documento que demonstra, ao menos, o oferecimento de oportunidade para contradizer a decisão administrativa e se defender dos motivos alegados para a rescisão do contrato, fl. 76.

Portanto, não assiste razão à denunciante quanto a alegação de cerceamento de defesa, não prosperando a denúncia quanto a este quesito.

A denunciante afirma que impetrou Mandado de Segurança contra ato do Procurador-Chefe da Fazenda Nacional em Mato Grosso do Sul, que não admitiu o parcelamento de débitos tributários com base no artigo 10 e 11, §1º, da Lei n. 10.522/2002 e no artigo 22 da Portaria PGFN n. 448, de 13 de maio de 2019.

Tal ação recebeu o número 5006760-33.2019.4.03.6000 na Justiça Federal da 3ª Região, distribuída para a 1ª Vara Federal de Campo Grande, e, atualmente, conta com decisão desfavorável à concessão de liminar e está sobrestada até o julgamento do Tema 997 pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Em que pese haver questionamento judicial acerca do deferimento ou não de parcelamento de débitos tributários, não compete a esta Corte de Contas adentrar em questões de ordem interna da empresa, questões essas que a levaram a ser inadimplente com o FISCO e, consequentemente, a descumprir cláusula contratual, ensejando a rescisão do contrato.

Assim, entendo que, apesar da denunciante estar agindo no exercício do direito previsto no artigo 5ª, inciso XXXV, da CF/88, ao impetrar um Mandado de Segurança, tal atitude não suplanta a ausência de apresentação das certidões exigidas pela lei e pelo contrato.

**DISPOSITIVO**

Ante o exposto, acolho a análise da equipe técnica e o parecer emitido pelo Ministério Público de Contas, e **VOTO**:

1. pela **improcedência** da denúncia apresentada pela empresa Wala Engenharia Ltda., nos termos do art. 129, I, do RITC/MS;

2. pelo **arquivamento** do presente processo, nos termos do art. 129, I, “b”, do RITC/MS;

3. pela **quebra do sigilo processual**, nos termos do art. 61, § 6º, do RITC/MS;

4. pela **comunicação** do resultado deste julgamento aos interessados, com fulcro no art. 55 da Lei Complementar Estadual n. 160, de 2 de janeiro de 2012.

**DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Relator, pela improcedência da denúncia, pelo arquivamento do processo, pela quebra do sigilo processual, e pela comunicação do resultado do julgamento aos interessados.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves.

Relatoria do Exmo. Sr. Conselheiro Osmar Domingues Jeronymo.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Waldir Neves Barbosa, Ronaldo Chadid, Jerson Domingos, Flávio Kayatt e o Exmo. Sr. Conselheiro-Substituto Leandro Lobo Ribeiro Pimentel (em Substituição Legal do Conselheiro Marcio Campos Monteiro).

Presente o Exmo. Sr. Procurador-Geral do Ministério Público de Contas, José Aêdo Camilo.

Campo Grande, 9 de dezembro de 2021.

Conselheiro **OSMAR DOMINGUES JERONYMO**

Relator

DSSM