
EXIGIBILIDADE DA REGULARIDADE FISCAL DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL E OUTORGA DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES

*REGULARITY OF LIABILITY COMPANIES IN JUDICIAL TAX RECOVERY
AND TELECOMMUNICATIONS SERVICES GRANT*

Taciana Samartano Siuves Macêdo

Procuradora Federal

em exercício na PFE/Anatel

Especialista em Direito dos Contratos pelo Centro Universitário - UDF

Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCeub

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da exigência de regularidade fiscal nos serviços de telecomunicações; 2 Do afastamento da regularidade fiscal à luz do acórdão do STJ; 3 Da regularidade fiscal para prestação de serviços de telecomunicações, no âmbito da recuperação judicial; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo trata da exigibilidade de regularidade fiscal das empresas em recuperação judicial nos procedimentos de anuência prévia para transferência de controle e/ou outorga de serviços de telecomunicações, não obstante o escopo da Lei nº 11.101/2005 e o recente Acórdão do STJ sobre o assunto. A abordagem tem por foco demonstrar que o princípio da legalidade estrita, voltado para Administração Pública, configura obstáculo e condição para flexibilização da exigência da regularidade fiscal para outorga de serviços públicos, no caso de telecomunicações, por haver, inclusive, alternativas disponíveis para o atendimento da exigência, além de servir como garantia da moralidade e da eficiência na prestação dos serviços públicos.

PALAVRAS-CHAVE: Regularidade Fiscal. Recuperação Judicial. Outorga de Serviços de Telecomunicações. Transferência de Controle. Princípio Constitucional da Legalidade. Administração Pública.

ABSTRACT: This article deals with the chargeability of tax compliance of companies in bankruptcy in the previous approval procedures for transfer of control and / or granting of telecommunications services, regardless of the scope of Law nº. 11.101 / 2005 and the recent Supreme Court's Judgment on subject. The approach is to focus demonstrate that the principle of strict legality, facing Public Administration, configure obstacle and condition for easing of the burden of tax compliance for public service grant, in the case of telecommunications, for having even alternatives available to meet the requirement, in addition to serving as a guarantee of morality and efficiency in the delivery of public services.

KEYWORDS: Tax Compliance. Judicial Recovery. Transfer Telecommunications Services Granting Control. Constitutional Legality Principle. Public Administration.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, cumpre esclarecer que a exigência da regularidade fiscal, que será tratada no presente artigo, alcança tantos os débitos tributários como os não tributários, englobando, assim, os encargos contratuais devidos perante a respectiva entidade pública concedente.

Como se verá, a exigência da regularidade fiscal para concessão de serviço público configura regra, cuja exceção depende de expressa previsão legal, em razão da necessária garantia da isonomia, da moralidade e da eficiência na prestação dos serviços públicos, o que se aplica, inclusive, para empresas em processo de recuperação judicial.

1 DA EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE FISCAL NOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES

Impende aduzir que a exigibilidade da regularidade fiscal para fins de transferência de controle e/ou outorga de serviços de telecomunicações advém da normatização específica.

Nesse cenário, a Lei nº 8.887/95, que trata da Concessão e Permissão de Serviços Públicos, expressamente indica que a regularidade fiscal configura requisito para se obter e para se manter a concessão dos serviços públicos, conforme transcrições a seguir:

Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente:

[...]

V - os critérios e a relação dos documentos exigidos para a aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica e fiscal;

[...]

Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.

§ 1º A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando:

[...]

VII - a concessionária não atender a intimação do poder concedente para, em 180 (cento e oitenta) dias, apresentar a documentação relativa a regularidade fiscal, no curso da concessão, na forma do art. 29 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. (Redação dada pela Lei nº 12.767, de 2012)

No mesmo sentido, tal requisito se aplica para a prévia anuência do poder concedente, exigida na transferência da concessão do serviço público correlato, *in verbis*:

Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

§ 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá: (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e (grifo nosso)

[...]

Cabe mencionar que a Lei nº 9.472/97 - Lei Geral de Telecomunicações - LGT - estabelece também que a regularidade fiscal configura requisito para situações de inexigibilidade de licitação, com o fito de se obter a outorga da concessão dos serviços de telecomunicações, como para anuência prévia para transferência do contrato de concessão, conforme disposições, *in verbis*:

Art. 92. Nas hipóteses de inexigibilidade de licitação, a outorga de concessão dependerá de procedimento administrativo sujeito aos princípios da publicidade, moralidade, impessoalidade e contraditório, *para verificar o preenchimento das condições relativas às qualificações técnico-operacional ou profissional e econômico-financeira, à regularidade fiscal e às garantias do contrato.* (grifo nosso)

[...]

Art. 98. O contrato de concessão poderá ser transferido após a aprovação da Agência desde que, cumulativamente:

I - o serviço esteja em operação, há pelo menos três anos, com o cumprimento regular das obrigações;

II - o cessionário preencha todos os requisitos da outorga, inclusive quanto às garantias, à regularidade jurídica e fiscal e à qualificação técnica e econômico-financeira; (grifo nosso)

III - a medida não prejudique a competição e não coloque em risco a execução do contrato, observado o disposto no art. 7º desta Lei.

[...]

Da mesma maneira, para as permissões e autorizações de serviços de telecomunicações, a exigência da regularidade fiscal é condição indispensável, como dispõe a normatização da LGT, transcrita a seguir:

Art. 119. A permissão será precedida de procedimento licitatório simplificado, instaurado pela Agência, nos termos por ela regulados, ressalvados os casos de inexigibilidade previstos no art. 91, observado o disposto no art. 92, desta Lei.

[...]

Art. 133. São condições subjetivas para obtenção de autorização de serviço de interesse coletivo pela empresa:

I - estar constituída segundo as leis brasileiras, com sede e administração no País;

II - não estar proibida de licitar ou contratar com o Poder Público, não ter sido declarada inidônea ou não ter sido punida, nos dois anos anteriores, com a decretação da caducidade de concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações, ou da caducidade de direito de uso de radiofrequência;

III - dispor de qualificação técnica para bem prestar o serviço, capacidade econômico-financeira, regularidade fiscal e estar em situação regular com a Seguridade Social; (grifo nosso)

[...]

Art. 136. Não haverá limite ao número de autorizações de serviço, salvo em caso de impossibilidade técnica ou, excepcionalmente, quando

o excesso de competidores puder comprometer a prestação de uma modalidade de serviço de interesse coletivo.

[...]

§ 2º As prestadoras serão selecionadas mediante procedimento licitatório, na forma estabelecida nos arts. 88 a 92, sujeitando-se a transferência da autorização às mesmas condições estabelecidas no art. 98, desta Lei. (Grifo nosso)

[...]

Cumpre citar, ainda, Resoluções da Anatel que cuidam especificamente da regulamentação dos serviços de telecomunicações, as quais, seguindo os comandos legais superiores, impõem a regularidade fiscal como condição para o exercício desses serviços públicos por particulares, nesse sentido:

Resolução Anatel nº 65/98 (Aprova o Regulamento de Licitação para Concessão, Permissão e Autorização de Serviço de Telecomunicações e de Uso de Radiofrequência)

[...]

Art. 44. Para habilitação, poder-se-á exigir do licitante, exclusivamente, a demonstração da habilitação jurídica, das qualificações técnica e econômico-financeira e da regularidade fiscal.

[...]

Art. 51. A documentação relativa à regularidade fiscal consistirá em:

- I - prova de inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);
- II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativa à sede do licitante;
- III - certidão comprobatória de regularidade perante as Fazendas Federal, Estadual, Municipal e, se for o caso, do Distrito Federal, da sede do licitante; e,
- IV - certidão de regularidade perante a Seguridade Social, inclusive relativa ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).

§ 1º O instrumento convocatório poderá dispensar a apresentação dos documentos referidos neste artigo para demonstração de regularidade fiscal quando a situação dos licitantes perante as Fazendas Públicas,

Seguridade Social e Fundo de Garantia por Tempo de Serviço puder ser comprovada com segurança pela Comissão, na própria sessão pública, por telecomunicação, garantindo-se aos licitantes presentes o acesso às informações.

§ 2º Será considerado em situação regular o licitante cujo débito com as Fazendas Públicas ou a Seguridade Social esteja com sua exigibilidade suspensa ou que, sendo objeto de cobrança executiva, nela já tenha sido realizada penhora.

§ 3º O dever de comprovação de regularidade perante a Fazenda Federal também compreende o dever de demonstrar situação regular perante a Procuradoria da Fazenda Nacional.

Resolução Anatel nº 614/2013 (Aprova o Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia e altera os Anexos I e III do Regulamento de Cobrança de Preço Público pelo Direito de Exploração de Serviços de Telecomunicações e pelo Direito de Exploração de Satélite)

[...]

Art. 30. Para transferência da autorização do SCM, a interessada deve:

I - atender às exigências compatíveis com o serviço a ser prestado, em relação à qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, habilitação jurídica e regularidade fiscal, apresentando a documentação enumerada no Anexo I deste Regulamento (grifo nosso)

ANEXO III

DA DOCUMENTAÇÃO NECESSÁRIA À EFETIVAÇÃO DE TRANSFERÊNCIAS DE AUTORIZAÇÃO E MODIFICAÇÕES SOCIETÁRIAS

Art. 1º Em se tratando de transferência de autorização, o requerimento, firmado em conjunto pela entidade cedente e pela cessionária, deve estar acompanhado da seguinte documentação relativa à entidade cessionária:

I - atos constitutivos e alterações, devidamente registrados na repartição competente;

II - relação dos acionistas indicando o número, o tipo e o valor de cada ação, bem como o número do registro no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), dos sócios, assim como Ata da Assembleia de eleição dos dirigentes, no caso de sociedade por ações;

III - comprovação de residência dos sócios detentores da maioria das quotas ou ações com direito a voto, se pessoas naturais; e,

IV - documentação comprobatória da regularidade fiscal, da qualificação técnica e econômico-financeira. (grifo nosso)

Observa-se, assim, que pelo arcabouço normativo aplicado, tanto para situações de outorga de serviços de telecomunicações como para as de anuência prévia para fins de transferência do correspondente controle, a regularidade fiscal configura como exigência legal e vinculada, a qual somente poderia ser flexibilizada por expressa autorização legal nesse sentido.

2 DO AFASTAMENTO DA REGULARIDADE FISCAL À LUZ DO ACÓRDÃO DO STJ

Cabe destacar que no Acórdão proferido nos autos do Recurso Especial - REsp nº 1.187.404 – MT - Corte Especial (Data da Decisão: 19/06/2013, Data de Publicação: 21/08/2013), o Superior Tribunal de Justiça –STJ entendeu ser possível afastar a exigência da regularidade tributária especificamente para a homologação do plano de recuperação, ante o escopo do processo de recuperação judicial, indicado no art. 47, da Lei 11.101/2005.¹

A interpretação aplicada nesse julgado buscou atrelar as exigências incidentes no processo de recuperação judicial² com os objetivos norteadores desse processo, de modo a viabilizar a própria recuperação da empresa,

¹ Lei 11.101/2005

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

² Lei 11.101/2005

Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembleia - geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

em razão da peculiar situação de não haver lei específica autorizando o parcelamento de seus débitos, na forma indicada no art.155-A, §3º, do CTN³.

Foi neste contexto que o STJ entendeu que, diante da inércia do legislador, a exigência da regularidade fiscal, enquanto condição para homologação da recuperação judicial, apresenta-se como obstáculo à preservação da empresa, à sua função social e ao estímulo à atividade econômica – escopos do processo de recuperação judicial. Segue trecho da ementa do acórdão proferido no REsp 1.187.404 – MT, *in verbis*:

[...]

2. O art. 57 da Lei n. 11.101/2005 e o art. 191-A do CTN devem ser interpretados à luz das novas diretrizes traçadas pelo legislador para as dívidas tributárias, com vistas, notadamente, à previsão legal de parcelamento do crédito tributário em benefício da empresa em recuperação, que é causa de suspensão da exigibilidade do tributo, nos termos do art. 151, inciso VI, do CTN.

3. O parcelamento tributário é direito da empresa em recuperação judicial que conduz a situação de regularidade fiscal, de modo que eventual descumprimento do que dispõe o art. 57 da LRF só pode ser atribuído, ao menos imediatamente e por ora, à ausência de legislação específica que discipline o parcelamento em sede de recuperação judicial, não constituindo ônus do contribuinte, enquanto se fizer inerte o legislador, a apresentação de certidões de regularidade fiscal para que lhe seja concedida a recuperação.

Art. 58. Cumpridas as exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembléia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.

CTN

Art. 191-A. A concessão de recuperação judicial depende da apresentação da prova de quitação de todos os tributos, observado o disposto nos arts. 151, 205 e 206 desta Lei. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

3 CTN

Art. 155-A. O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

[...]

§ 3º Lei específica disporá sobre as condições de parcelamento dos créditos tributários do devedor em recuperação judicial. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

Art. 191-A. A concessão de recuperação judicial depende da apresentação da prova de quitação de todos os tributos, observado o disposto nos arts. 151, 205 e 206 desta Lei. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

Todavia, não se pode olvidar que a interpretação dada pelo STJ, no acórdão em comento, foi direcionada exclusivamente para o caso de homologação da recuperação judicial e para os créditos submetidos ao plano de recuperação e à aprovação da assembleia-geral de credores, não devendo, desse modo, ser estendida para toda e qualquer situação em que a regularidade fiscal da empresa – ainda que em recuperação judicial – configure condição para o alcance de determinado objeto, como, por exemplo, nos ajustes ou nas contratações firmadas com o Poder Público.

Observa-se que a própria Lei 11.101/2005 (recuperação judicial) traz disposição que restringe a possibilidade de dispensa de certidão negativa quando se tratar de contratação com o Poder Público ou de assuntos fiscais, consoante transcrição a seguir:

Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:

[...]

II – determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta Lei; (grifo nosso)

[...]

Ademais, o §7º do art. 6º, da Lei 11.101/2005⁴, ressalva que a recuperação judicial não suspende as execuções de natureza fiscal, salvo quando houver suspensão da exigibilidade do crédito, nesses termos:

Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

[...]

4 Nesse dispositivo legal, foi mencionado apenas o parcelamento, contudo, não há impedimento para incidência das demais formas de suspensão da exigibilidade dos créditos fiscais, elencadas no art. 151, do CTN, conforme será tratado adiante.

§ 7º As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.

Nesse sentido, o STJ, no acórdão proferido nos autos do REsp nº 1.480.559/RS (Segunda Turma, data do julgamento: 03/02/2015 e data da publicação: 30/03/2015), acabou por fazer uma releitura da interpretação veiculada no REsp 1.187.404/MT, manifestando nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. DECISÃO MONOCRÁTICA, CONFIRMADA NO JULGAMENTO DO AGRAVO INTERNO. NULIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 557 DO CPC. INEXISTÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. BLOQUEIO UNIVERSAL DE BENS. ART. 185.-A DO CTN. INAPLICABILIDADE EM RELAÇÃO ÀS EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXEGESE HARMÔNICA DOS ARTS. 5º E 29 DA LEI 6.830/1980 E DO ART. 6º, § 7º, DA LEI 11.101/2005.

[...]

3. Segundo preveem o art. 6, § 7º, da Lei 11.101/2005 e os arts. 5º e 29 da Lei 6.830/1980, o deferimento da Recuperação Judicial não suspende o processamento autônomo do executivo fiscal.

4. Importa acrescentar que a medida que veio a substituir a antiga concordata constitui modalidade de renegociação exclusivamente dos débitos perante credores privados.

5. Nesse sentido, o art. 57 da Lei 11.101/2005 expressamente prevê que a apresentação da Certidão Negativa de Débitos é pressuposto para o deferimento da Recuperação Judicial - ou seja, os créditos da Fazenda Pública devem estar previamente regularizados (extintos ou com exigibilidade suspensa), justamente porque não se incluem no Plano (art. 53 da Lei 11.101/2005) a ser aprovado pela assembleia-geral de credores (da qual, registre-se, a Fazenda Pública não faz parte - art. 41 da Lei 11.101/2005).

6. Consequência do exposto é que o eventual deferimento da nova modalidade de concurso universal de credores mediante dispensa

de apresentação de CND não impede o regular processamento da Execução Fiscal, com as implicações daí decorrentes (penhora de bens, etc.).

7. Não se desconhece a orientação jurisprudencial da Segunda Seção do STJ, que flexibilizou a norma dos arts. 57 e 58 da Lei 11.101/2005 para autorizar a concessão da Recuperação Judicial independentemente da apresentação da prova de regularidade fiscal.

8. Tal entendimento encontrou justificativa na demora do legislador em cumprir o disposto no art. 155-A, § 3º, do CTN - ou seja, instituir modalidade de parcelamento dos créditos fiscais específico para as empresas em Recuperação Judicial.

9. A interpretação da legislação federal não pode conduzir a resultados práticos que impliquem a supressão de norma vigente. Assim, a melhor técnica de exegese impõe a releitura da orientação jurisprudencial adotada pela Segunda Seção, que, salvo melhor juízo, analisou o tema apenas sob o enfoque das empresas em Recuperação Judicial.

10. Dessa forma, deve-se adotar a seguinte linha de compreensão do tema: a) constatado que a concessão do Plano de Recuperação Judicial foi feita com estrita observância dos arts. 57 e 58 da Lei 11.101/2005 (ou seja, com prova de regularidade fiscal), a Execução Fiscal será suspensa em razão da presunção de que os créditos fiscais encontram-se suspensos nos termos do art. 151 do CTN; b) caso contrário, isto é, se foi deferido, no juízo competente, o Plano de Recuperação judicial sem a apresentação da CND ou CPEN, incide a regra do art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/2005, de modo que a Execução Fiscal terá regular prosseguimento, pois não é legítimo concluir que a regularização do estabelecimento empresarial possa ser feita exclusivamente em relação aos seus credores privados, e, ainda assim, às custas dos créditos de natureza fiscal.

Portanto, pode-se concluir que, para o fim específico da outorga de serviços públicos, diferentemente do que foi aplicado no REsp 1.187.404 – MT, as empresas em recuperação judicial – respeitado o tratamento diferenciado porventura dado pela lei de regência – deverão atender a exigência legal da regularidade fiscal, o que evidencia o caráter cogente desta, que não admite flexibilização pelo administrador público sem prévia norma legal autorizativa,

3 DA REGULARIDADE FISCAL PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES, NO ÂMBITO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Como abordado no item 1 supra, as normas de regência impõem categoricamente a regularidade fiscal enquanto requisito para se obter outorga dos serviços de telecomunicação ou para transferência do controle. No ponto, cumpre frisar que se trata de normas de ordem pública e de aplicação obrigatória, vez que autorizam particulares a prestarem serviço público essencial.

Cuida-se, portanto, da aplicação do princípio constitucional da legalidade voltado para a Administração Pública, a qual somente pode fazer o que é permitido pela lei – art. 37, caput, da Constituição Federal e art. 2º, caput e parágrafo único, inciso I, da Lei 9.784/99⁵.

Sobre o princípio da legalidade, o mestre Hely Lopes Meirelles, ensina que⁶:

Na administração pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”, para o administrador público significa “deve fazer assim”.

Sabe-se que, nas relações entre particulares, o princípio incidente é o da autonomia da vontade, pelo qual as partes ficam livres para fazer tudo o que não for contrário à lei. Já nas relações em que participa o Poder Público, conforme afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite.”⁷

Para o mestre, Celso Antônio Bandeira de Mello⁸:

5 CF

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Lei nº 9.784/99

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

[...]

6 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, p.82, 2000.

7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, p. 65, 2011.

8 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, p. 92-95, 2004.

[...] o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito Brasileiro.

[...]

O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina.

[...]

[...] Segue-se que a atividade administrativa consiste na produção de decisões e comportamentos que, na formação escalonada do Direito, agregam níveis maiores de concreção ao que já contém abstratamente nas leis.

No contexto, a doutrinadora Lúcia Valle observa que o princípio da legalidade para Administração Pública deve ser interpretado mais extensivamente, porém com certa cautela, concluindo que:

Há de se entender como regime de estrita legalidade não apenas a proibição da prática de atos vedados pela lei, mas, sobretudo, a prática, tão-somente, dos expressamente por ela permitidos. Todavia, aceitamos como já afirmamos anteriormente, a integração no Direito Administrativo, desde que cintada de cautelas⁹

Cabe pontuar que a exigência da regularidade fiscal, enquanto requisito para contratar com o poder público, respalda-se em comando advindo da Constituição Federal/1988 e na Lei 8.666/93, a qual se aplica de forma subsidiária nas concessões de serviços públicos.¹⁰

9 FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, p. 65, 2001.

10 Constituição Federal 1988

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

[...]

§ 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.

No contexto, cumpre transcrever disposição do art. 193, do Código Tributário Nacional - CTN, que elucida o caráter vinculativo decorrente do princípio da legalidade nas contratações e concorrências públicas, o que, por interpretação sistemática¹¹, abarca as concessões de serviços públicos:

[...]

Art. 193. *Salvo quando expressamente autorizado por lei*, nenhum departamento da administração pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, ou dos Municípios, ou sua autarquia, celebrará contrato ou aceitará proposta em concorrência pública sem que o contratante ou proponente faça prova da quitação de todos os tributos devidos à Fazenda Pública interessada, relativos à atividade em cujo exercício contrata ou concorre. (grifo nosso)

Além do princípio da legalidade, outros se aplicam no caso para reforçar a necessidade da atuação do administrador segundo as diretrizes legais, que são: princípio da isonomia, da impessoalidade, da segurança jurídica, da moralidade.

No âmbito da isonomia, da impessoalidade e da segurança jurídica, pelas disposições legais analisadas, a regularidade fiscal das empresas é devida indistintamente, vez que as empresas em recuperação judicial, como as demais empresas, podem se valer de outras formas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, previstas no art.

11 Lei 8.666/93

[...]

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV - regularidade fiscal e trabalhista; (Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011) (Vigência)

V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 9.854, de 1999)

[...]

Art. 124. Aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta Lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Lei nº 8.987/95

[...]

Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e contera, especialmente:

[...]

V - os critérios e a relação dos documentos exigidos para a aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica e fiscal;

151, 205 e 206, do CTN, conforme o caso. Tal faculdade encontra-se expressamente prevista no art. 57, da Lei 11.101/2005¹².

Registra-se que o art. 151, do CTN, pode ser aplicado, no que couber, por analogia, para os créditos não tributários, ante a ausência de disposição legal específica¹³.

Dessa forma, a empresa em recuperação judicial não estaria impedida de obter certidão de regularidade fiscal, desde que se enquadre em uma das situações dos incisos do art. 151, ou dos artigos 205 e 206, do CTN, da mesma forma que as demais empresas com restrição fiscal.

Essa assertiva, inclusive, demonstra que a exigência de regularidade fiscal, para os fins de outorga de serviços públicos, em especial de telecomunicações, não configura impedimento absoluto ao exercício da atividade empresarial, por haver meios viáveis de se obter regularidade fiscal, configurando, portanto, medida de cautela e de isonomia.

Frisa-se ainda que a exigência da regularidade fiscal - débitos tributários e não tributários -, para outorga dos serviços de telecomunicações ou transferência de controle, é pertinente por resguardar a moralidade, no sentido de permitir a execução de serviços públicos apenas por empresas que não estejam em débito com erário ou, ao menos, que estejam amparadas em hipóteses legais de suspensão da exigibilidade do crédito.

Segundo o mestre Marçal Justen Filho¹⁴:

[...] Enfim, o sujeito que não satisfaz as suas obrigações perante o fisco não pode ser reputado como inidôneo e confiável, não merecendo tratamento equivalente ao reservado para aquele que cumpre os seus deveres para com a coletividade. [...]

A exigência da regularidade fiscal, enquanto um dos requisitos para contratar com o Poder Público, tem como objetivo aferir a idoneidade do licitante e a efetiva possibilidade de atendimento das obrigações pactuadas com a Administração.

12 Lei 11.101/2005.

Art. 57. Após a juntada aos autos do plano aprovado pela assembléia-geral de credores ou decorrido o prazo previsto no art. 55 desta Lei sem objeção de credores, o devedor apresentará certidões negativas de débitos tributários nos termos dos arts. 151, 205, 206 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

13 Apelação Cível nº 01000248434, TRF 1ª Região. REL. Juiz Carlos Alberto Simões de Tomaz, D.J. 05/09/02; REsp. nº102675/PE. STJ - 2ª Turma. Rel. Ministro Castro Meira, D.J. 28/05/08.

14 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, p. 392, 2009.

Além disso, o atendimento da regularidade fiscal visa assegurar a prestação eficiente dos serviços públicos outorgados, a qual poderia ser afetada pela situação financeira da empresa. Assim, se não obstante a empresa em recuperação judicial encontrar-se em débito fiscal por razões diversas da financeira, mas, por exemplo, por haver cobrança indevida do débito, aquela poderia obter medida liminar, na esfera judicial, suspendendo o débito, o que afastaria, em tese, a aparente condição de ineficiência.

Por fim, como argumento complementar, ainda que não reste dúvida acerca das disposições legais e principiológicas determinando a regularidade fiscal, poder-se-ia analisar o rol sucessivo de institutos jurídicos que o CTN elenca para supressão de eventual ausência de disposição legal expressa, conforme abaixo transcrito:

Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I - a analogia;

II - os princípios gerais de direito tributário;

III - os princípios gerais de direito público;

IV - a equidade.

§ 1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

§ 2º O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido.

Certifica-se que, por estes institutos de integração das normas jurídicas, não há possibilidade jurídica de se afastar a exigência da regularidade fiscal para outorga de serviços de telecomunicações, seja pela analogia ou pela equidade - vez que o aludido julgado do STJ (REsp 1.187.404 – MT) baseou-se em contexto, fático e jurídico, diverso do ora analisado -, muito menos pelos mencionados princípios gerais de direito tributário e de direito público. Atualmente, portanto, não há autorização no ordenamento jurídico para outorga dos serviços de telecomunicações ou transferência do controle correlato sem a devida regularidade fiscal.

4 CONCLUSÃO

Assim, por todas as considerações aduzidas, infere-se não ser possível afastar a exigência da regularidade fiscal das empresas em recuperação judicial para fins de outorga de serviços públicos, em especial de telecomunicações, ou de transferência do correspondente controle, por se tratar de imposição legal e regulamentar aplicada de maneira cogente, indiscriminada e por haver meios acessíveis de se obter certidão de regularidade fiscal (créditos tributários e não tributários), não incidindo, assim, o entendimento extraído do REsp 1.187.404/MT.

REFERÊNCIAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

Apelação Cível – AC – nº 01000248434, TRF 1ª Região, Juiz Carlos Alberto Simões de Tomaz, D.J. 05/09/02.

Recurso Especial – REsp – nº 102675/PE. STJ – 2ª Turma. Rel. Ministro Castro Meira, D.J. 28/05/08.

Recurso Especial – REsp – nº 1.187.404 – MT – Superior Tribunal de Justiça – STJ – Corte Especial. Relator: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO – Data da Decisão: 19/06/2013 – Data de Publicação: 21/08/2013.

Recurso Especial – REsp – nº 1.480.559/RS – Superior Tribunal de Justiça – STJ – Segunda Turma. Relator: MINISTRO HERMAN BENJAMIN – Data da Decisão: 03/02/2015 – Data de Publicação: 30/03/2015.