DELIBERAÇÃO AC00 - 1413/2018

PROCESSO TC/MS	: TC/23730/2016
PROTOCOLO	: 1746717
TIPO DE PROCESSO	: DENÚNCIA
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE NAVIRAI
JURISDICIONADO (A)	: LEANDRO PERES DE MATOS; ADELVINO FRANCISCO DE FREITAS
DENUNCIANTE	: SPX SERVIÇOS DE IMAGEM LTDA.
ADVOGADO (A)	: ADRIANO RIBEIRO DA SILVA – OAB/SP 288.485
RELATOR (A)	: CONS. IRAN COELHO DAS NEVES

EMENTA: DENÚNCIA – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – PREGÃO PRESENCIAL – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ESPECIALIZADOS – FORNECIMENTO DE LAUDOS MÉDICOS – EDITAL – SUPOSTOS VÍCIOS – CAPACIDADE TÉCNICA – NÃO EXIGÊNCIA DE ATESTADO – BALANÇO PATRIMONIAL – INDÍCES DE LIQUIDEZ E ENDIVIDAMENTO – AUSÊNCIA DE SOLICITAÇÃO – NECESSIDADE – EXIGÊNCIAS DISPENSÁVEIS – DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR – EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL – PARTICIPAÇÃO VEDADA – RESTRIÇÃO GERAL – IMPOSSIBILIDADE – PROCEDÊNCIA PARCIAL – DETERMINAÇÃO – COMUNICAÇÃO – SIGILO PROCESSUAL – SUSPENSÃO.

I – Cabe ao administrador, no caso concreto, incluir, nos editais de licitações, apenas as exigências técnicas indispensáveis ao cumprimento das obrigações e que possam ser motivadamente necessárias para o atendimento do interesse público.

II – A exigência de apresentação de Balanço Patrimonial, pela empresa licitante, com a verificação de índices de liquidez geral e endividamento, dependerá da necessidade a ser verificada pelo administrador na situação concreta, de acordo com as características do objeto licitado e se entender ser requisito indispensável à avaliação da garantia do cumprimento das obrigações pelo licitante.

II – É vedada a restrição de participação em certames licitatórios às empresas em recuperação judicial, sendo aplicável a essas a possibilidade de participarem, desde que possuam plano de recuperação, judicial ou extrajudicial, devidamente homologado (judicialmente) e se atendidos os demais requisitos de habilitação, inclusive, econômico-financeiros, e eventuais outras condições, previstos em edital; devendo, aliás, nesse sentido, ser aceita certidão positiva de recuperação judicial e podendo, se necessário, ser realizada diligência para verificação da real situação da empresa.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 1ª Sessão Reservada do Tribunal Pleno, de 25 de abril de 2018, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por

unanimidade, nos termos do voto do Relator, pelo(a): **a)** **PROCEDÊNCIA PARCIAL** das irregularidades apontadas na **DENÚNCIA**, porquanto restou comprovado que o edital restringia a participação das empresas com plano de recuperação homologado judicialmente (art. 58, Lei nº 11.101/2005), contrariando a disposição legal que permite a participação dessas empresas, desde que preencham os demais requisitos para a habilitação; **b**) **DETERMINAÇÃO** à administração municipal que se abstenha de incluir, nos editais dos procedimentos licitatórios, requisito de habilitação que impeçam as empresas com plano de recuperação homologado pelo juiz na forma do art. 58 da Lei nº 11.101/2005, resultante de processo judicial ou extrajudicial, desde que preencham às demais condições editalícias; e **c**) **COMUNICAÇÃO** do resultado deste julgamento as autoridades administrativas competentes e demais interessados, em conformidade com o art. 50, inciso II e art. 65, da Lei Complementar nº 160/2012; sendo, ainda, suspendido o sigilo processual.

Campo Grande, 25 de abril de 2018.

Conselheiro **Iran Coelho Das Neves** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves – Relator

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos (TC/23730/2016) que versam sobre a DENÚNCIA formulada por SPX SERVIÇOS DE IMAGEM LTDA, em face da Prefeitura Municipal de Naviraí, em razão de supostas irregularidades contida no edital do procedimento licitatório Pregão Presencial nº 61/2016.

O Ministério Público Especial de Contas (MPC), através de seu douto representante ministerial, emitiu Parecer: PARECER PAR – 1ª PRC – 1769/2018 opinando pelo arquivamento da Denúncia.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves – Relator

Os objetos desta denúncia eram: o edital não exigia atestado de capacidade técnica; não requisitava balanço patrimonial e os índices de liquidez e endividamento; e, vedava a participação de empresas em liquidação judicial.

Sobre os atestados de capacidade técnica, a denunciante alega que a administração deveria prevê-los no edital em percentual mínimo de cinquenta por cento do objeto licitado.

Por outro lado a administração afirma que a inclusão de cláusula que estabeleça requisito de capacidade técnica é discricionária na forma do art. 4º da Lei nº 10.520/2002.

Entendo que os requisitos de qualificação técnica devem observar à disposição do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal:

> *"Art. 37. (...)*
>
> *XXI - ressalvados os casos especificados na legislação,* ***as obras****,* ***serviços****,* ***compras*** *e alienações* ***serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes****, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei,* ***o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica*** *e econômica* ***indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações****."* (grifei)

Dessa forma, cabe ao administrador, no caso concreto, incluir apenas as exigências técnicas indispensáveis ao cumprimento das obrigações que possam ser motivadamente necessárias para o atendimento do interesse público.

Nesse sentido, é a jurisprudência do TCU:

> *"****As exigências na fase de habilitação devem guardar proporcionalidade com o objeto licitado****, de sorte a proteger a Administração Pública de interes-*

> *sados* ***inexperientes ou incapazes*** *para prestar o serviço desejado. Acórdão TCU nº 7329/2014 – Segunda Câmara*
>
> ***Diante de exigências de habilitação desarrazoadas e restritivas ao caráter competitivo do certame deve ser determinada a anulação da licitação****. Acórdão TCU nº 3131/2011 – Plenário*
>
> *As exigências para habilitação devem ser compatíveis com o objeto da licitação,* ***evitando-se o formalismo desnecessário****. Acórdão TCU nº 2003/2011 – Plenário*
>
> ***Não devem ser incluídas nos instrumentos convocatórios exigências*** *não previstas em lei ou* ***irrelevantes para a verificação da qualificação dos licitantes****, sob pena de se infringir o princípio básico da competitividade. Acórdão TCU nº 1745/2009 – Plenário"* (grifei)

Por isso, a não inclusão de exigências de comprovação da capacidade técnica para a prestação depende sempre da comprovação da indispensabilidade para a garantia da execução dos serviços.

À mesma conclusão se chega ao apreciar a questão trazida pela denunciante sobre a necessidade da apresentação de balanço patrimonial com a verificação de índices de liquidez geral e endividamento.

Mais uma vez, dependerá da necessidade a ser verificada pelo administrador na situação concreta. No caso dos autos, pelas características do objeto, o gestor municipal optou pela não inclusão, por entender que não se trata de requisito indispensável à garantia do cumprimento das obrigações.

A respeito da impossibilidade de participação das empresas em recuperação judicial, a denunciante cita precedente do STJ que permitia, a partir de alguns critérios legais. Sobre este aspecto a denunciada não se manifestou.

A decisão em comento é o acórdão proferido no Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 23.499/RS[1], nos seguintes termos:

> ***"AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR. LIMINAR DEFERIDA PARA CONFERIR EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO ESPECIAL ADMITIDO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. NECESSIDADE DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL APRESENTAR CERTIDÃO PREVISTA NO ART. 31, II, DA LEI 8.666/93. QUESTÃO INÉDITA. ATIVIDADE EMPRESARIAL. RENDA TOTALMENTE OBTIDA POR CONTRATOS COM ENTES PÚBLICOS. PERICULUM IN MORA INVERSO EVIDENCIADO. QUESTÃO INÉDITA. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DO DEFERIMENTO DA MEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. LIMINAR CASSADA. EXTINÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR SEM JULGAMENTO DE MÉRITO.***

[1] STJ. **AgRg na Medida Cautelar nº 23.499 - RS**. Ministro-Relator: Mauro Campbell Marques. Brasília, DF, 18 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 9 ago. 2017.

__1.__ A jurisprudência pacífica desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a concessão de provimento liminar em medidas cautelares reclama a satisfação cumulativa dos requisitos do fumus boni iuris e do periculum in mora. O primeiro consubstancia-se no fato de o direito alegado no recurso ser plausível e encontrar amparo em entendimentos deste Superior Tribunal e o segundo remonta-se à possibilidade de perecimento do direito caso a medida não seja deferida.

__2.__ O Tribunal de origem exarou decisão no sentido de permitir que a agravante, pessoa jurídica em recuperação judicial, continuasse a participar de licitações públicas, "__sem apresentação da certidão negativa de recuperação judicial"__ salientando, para tanto, que essa "__possui todas as certidões negativas ínsitas no art. 31 da Lei nº 8.666⁄93__, sendo certo que, por estar em recuperação judicial, não seria capaz de apresentar __apenas a certidão negativa de falência ou concordata__."

__3.__ Quanto ao fumus boni iuris - possibilidade de empresa em recuperação judicial ser dispensada de apresentação da certidão ínsita no inciso II, do art. 31, da Lei nº 8.666⁄93, considerando os fins do instituto elencados no art. 47 da Lei nº 11.101⁄2005 - para fins de participação em certames, verifica-se que esta Corte Superior de Justiça não possui posicionamento específico quanto ao tema.

__4.__ Nos feitos que contam como parte pessoas jurídicas em processo de recuperação judicial, a jurisprudência do STJ tem-se orientado no sentido de se viabilizar procedimentos aptos a auxiliar a empresa nessa fase. A propósito, cita-se o REsp 1187404⁄MT - feito no qual foi relativizada a obrigatoriedade de apresentação de documentos, por parte de empresas sujeitas à Lei nº 11.101⁄2005, para fins obtenção de parcelamento tributário. Restou consignado que: "em uma exegese teleológica da nova Lei de Falências, visando conferir operacionalidade à recuperação judicial, __é desnecessário comprovação de regularidade tributária, nos termos do art. 57 da Lei n. 11.101⁄2005 e do art. 191-A do CTN, diante da inexistência de lei específica a disciplinar o parcelamento da dívida fiscal e previdenciária de empresas em recuperação judicial.__ (REsp 1187404⁄MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO.)

__5.__ O fato de o pleito deduzido no especial não encontrar amparo em qualquer precedente desta Corte, somando à tese adotada, em situações similares, no sentido de relativizar as exigências documentais, previstas em lei, para que empresas em recuperação judicia possam lograr êxito em seu plano recuperatório, afastam, da espécie, o fumus boni iuris.

__6.__ Não resta evidenciada a alegação de ser o provimento assegurado pela instância a quo genérico com efeito erga omnes. O Tribunal a quo não autorizou a recorrida a participar sumariamente de toda e qualquer licitação sem apresentação de quaisquer documentos previstos na lei de regência. Afastou a apresentação de uma certidão: a certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica.

__7.__ O periculum in mora não foi demonstrado, pois o agravado não foi capaz de demonstrar o perecimento de seu direito. Aliás, ao contrário, visualiza-se

na espécie, possível ocorrência de periculum in mora inverso, pois, tendo a agravante focado sua atividade empresarial em contratos com os entes públicos, constituindo-se em 100% de sua fonte de receitas, a subsistência da liminar em tela poderá comprometer a sua existência.

***8**. Agravo regimental provido, cassando a liminar anteriormente deferida e julgando extinta, sem julgamento de mérito, a presente Medida Cautelar."* (grifei)

Nesse mesmo sentido, é o Parecer[2] elaborado pela Advocacia Geral da União:

*"I. **Sobre a participação da empresa em recuperação judicial em licitações**, **deve ser feita a devida distinção entre a situação da empresa que está ainda postulando a recuperação judicial** (art. 52, da lei 11.101, de 2005), **daquela que já está com o plano de recuperação aprovado e homologado judicialmente**, com a recuperação já deferida (art. 58, da lei 11.101, de 2005);*

II. O mero despacho de processamento do pedido de recuperação judicial, com base no art. 52 da lei 11.101, de 2005, não demonstra que a empresa em recuperação possua viabilidade econômico-financeira;

*III. **Apenas com o acolhimento judicial do plano de recuperação**, na fase do art. 58 da lei 11.101, de 2005, **é que existe a recuperação judicial em sentido materia**l, **com a demonstração da viabilidade econômico-financeira da empresa**;*

*IV. A certidão negativa de recuperação judicial é exigível por força do art. 31, II, da lei 8.666, de 1993, porém **a certidão positiva não implica a imediata inabilitação**, cabendo ao pregoeiro ou à comissão de licitação realizar diligências para avaliar a real situação de capacidade econômico-financeira;*

*V. **Caso a certidão seja positiva de recuperação**, **caberá ao órgão processante da licitação diligenciar no sentido de aferir se a empresa em recuperação já teve seu plano de recuperação acolhido judicialmente**, na forma do art. 58 da lei 11.101, de 2005;*

VI. Se a empresa postulante à recuperação não obteve o acolhimento judicial do seu plano, não há demonstração da sua viabilidade econômica, não devendo ser habilitada no certame licitatório;

*VII. A **empresa em recuperação judicial com plano de recuperação acolhido**, como qualquer licitante, **deve demonstrar os demais requisitos para a habilitação econômico-financeira**.*

*VIII. **É aplicável à empresa em recuperação extrajudicial**, **com plano de recuperação homologado judicialmente**, **a possibilidade de participar em licitações públicas**, nos moldes da empresa em recuperação judicial.*

Logo, as empresas que tenham o plano de recuperação homologado judicialmente, inclusive decorrente de recuperação extrajudicial, poderão participar de lici-

[2] AGU. Parecer nº 4/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU. Brasília, DF, 12 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/29165624>. Acesso em: 9 ago. 2017.

tações desde que preencham os demais requisitos para a habilitação, inclusive quanto à habilitação econômico-financeira, devendo ser aceita a certidão positiva de recuperação judicial, após diligências para verificação da real situação da empresa.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, acolho, em parte, o Parecer do Ministério Público de Contas (MPC) e **VOTO**, pela:

a) **PROCEDÊNCIA PARCIAL** das irregularidades apontadas na **DENÚNCIA** (art. 39, da Lei Complementar n. 160, de 2012), porquanto restou comprovado que o edital restringia a participação das empresas com plano de recuperação homologado judicialmente (art. 58, Lei nº 11.101/2005), contrariando a disposição legal que permite a participação dessas empresas, desde que preencham os demais requisitos para a habilitação.

b) **DETERMINAÇÃO** à administração municipal que se abstenha de incluir, nos editais dos procedimentos licitatórios, requisito de habilitação que impeçam as empresas com plano de recuperação homologado pelo juiz na forma do art. 58 da Lei nº 11.101/2005, resultante de processo judicial ou extrajudicial, desde que preencham às demais condições editalícias.

c) **COMUNICAÇÃO** do resultado deste julgamento as autoridades administrativas competentes e demais interessados, em conformidade com o art. 50, inciso II e art. 65, da Lei Complementar nº 160/2012.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, pela procedência parcial da presente Denúncia, com determinação à administração municipal de Naviraí, nos termos do voto do relator; sendo, ainda, suspendido o sigilo processual.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa.

Relator, o Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Ronaldo Chadid, Jerson Domingos, Marcio Campos Monteiro e Flávio Kayatt.

Presente o Exmo. Sr. Procurador-Geral do Ministério Público de Contas, João Antônio de Oliveira Martins Júnior.

Campo Grande, 25 de abril de 2018.

Conselheiro **IRAN COELHO DAS NEVES**
Relator

setac.crr