DECISÃO LIMINAR DLM - G.MCM - 37/2020

PROCESSO TC/MS	: TC/4030/2020
PROTOCOLO	: 2032259
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL SAPUCAIA
INTERESSADOS	: RUDI PAETZOLD (PREFEITO MUNICIPAL) ERICA CAMPOS GOBO (PREGOEIRA OFICIAL)
CONTROLE PRÉVIO	: CONTROLE PRÉVIO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS
RELATOR	: CONS. MARCIO MONTEIRO

DECISÃO LIMINAR – CONTROLE PRÉVIO DE LEGALIDADE E REGULARIDADE – ATUAÇÃO *EX OFFICIO* DESTA CORTE DE CONTAS

Cuida-se de Controle Prévio de Procedimento Licitatório, realizado pela Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias, sobre o Edital de Licitação – Pregão Presencial n.º 15/2020, celebrado pela Prefeitura Municipal de Coronel Sapucaia, objetivando o registro de preços para a aquisição de pneus, câmara e acessórios, para reposição dos veículos pertencentes à frota do município, com valor estimado em R$ 736.537,94.

Em exame prévio do certame público, a Equipe Técnica verificou que a licitação em análise apresenta indícios de irregularidades, consistentes nos seguintes fatos: *i) cláusulas editalícias que restringem a isonomia e a competitividade; ii) deficiência da pesquisa de mercado realizada; e iii) deficiência na especificação dos bens licitados.*

Diante a questão fática alegada, requestaram os Auditores pela ***concessão de medida cautelar***, a fim de sustar o andamento do Pregão Presencial n.º 15/2020 e da consequente contratação administrativa.

A Sessão Pública para o recebimento das propostas encontra-se marcada para esta quinta-feira, 16 de abril de 2020.

Os autos vieram-me conclusos para apreciação.

É O RELATÓRIO. PASSO À FUNDAMENTAÇÃO.

Os argumentos fáticos e legais expendidos na manifestação exarada pelo Órgão de Apoio possuem verossimilhança suficiente para autorizar a emissão de decisão, em caráter liminar, para o fim de suspender a marcha do pregão presencial.

DAS IRREGULARIDADES VERIFICADAS DE PLANO. CLÁUSULAS EDITALÍCIAS QUE RESTRINGEM A COMPETITIVIDADE.

De início, impende registrar que, com a posse do Edital Licitatório, esta Relatoria, pautada na imprescindível atuação proativa inerente aos Tribunais de Contas, verificou a existência de diversas cláusulas restritivas à competitividade da licitação.

De acordo com as informações veiculadas no procedimento licitatório, extrai-se do item 3.2, a vedação à participação de empresas interessadas que estejam em processo recuperação judicial ou extrajudicial, processo de falência, dissolução ou liquidação.

Não havendo dúvidas quanto à determinação editalícia, faz-se mister trazer a lume a imposição da Lei Nacional n.º 8.666/93, relativa à qualificação econômico-financeira a ser exigida dos licitantes:

> *Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:*
> *I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;*

> *II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;*
> *III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1o do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.*

Adequando a legislação ao edital em análise, denota-se que o estatuto vigente não exige dos interessados certidão negativa de recuperação judicial como requisito à qualificação econômica.

Dessa forma, não pode o Jurisdicionado, sem justificativa, exigir dos licitantes encargos e formalidades alheios àqueles impostos pela legislação, sob pena de violar, sobremaneira, o caráter competitivo inerente aos certames licitatórios.

Ademais, nos termos da jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, é defeso à Administração impossibilitar a participação de empresas pela não apresentação, unicamente, da certidão negativa de recuperação judicial, *in verbis*:

> ***ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO. POSSIBILIDADE. CERTIDÃO DE FALÊNCIA OU CONCORDATA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. DESCABIMENTO. APTIDÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. COMPROVAÇÃO. OUTROS MEIOS. NECESSIDADE.***
> *2. Conquanto a Lei n. 11.101/2005 tenha substituído a figura da concordata pelos institutos da recuperação judicial e extrajudicial, o art. 31 da Lei n. 8.666/1993 não teve o texto alterado para se amoldar à nova sistemática, tampouco foi derrogado.*
> *3. À luz do princípio da legalidade, "é vedado à Administração levar a termo interpretação extensiva ou restritiva de direitos, quando a lei assim não o dispuser de forma expressa" (AgRg no RMS 44099/ES, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 10/03/2016).*
> *4. Inexistindo autorização legislativa, incabível a automática inabilitação de empresas submetidas à Lei n. 11.101/2005 unicamente pela não apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, principalmente considerando o disposto no art. 52, I, daquele normativo, que prevê a possibilidade de contratação com o poder público, o que, em regra geral, pressupõe a participação prévia em licitação.*
> *5. O escopo primordial da Lei n. 11.101/2005, nos termos do art. 47, é 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.*

6. A interpretação sistemática dos dispositivos das Leis n. 8.666/1993 e n. 11.101/2005 leva à conclusão de que é possível uma ponderação equilibrada dos princípios nelas contidos, pois a preservação da empresa, de sua função social e do estímulo à atividade econômica atendem também, em última análise, ao interesse da coletividade, uma vez que se busca a manutenção da fonte produtora, dos postos de trabalho e dos interesses dos credores.
7. A exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial deve ser relativizada a fim de possibilitar à empresa em recuperação judicial participar do certame, desde que demonstre, na fase de habilitação, a sua viabilidade econômica.
8. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial.
(STJ, AREsp 309.867/ES, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 08/08/2018)

Conclui-se, então, que a Administração não pode, tão somente e de forma sumária, vedar a participação de interessados inclusos em procedimentos de recuperação judicial ou extrajudicial, razão pela qual a cláusula do Edital 3.2, padece de irregularidade.

Ato contínuo, verifica-se que a licitação (item 10.2.4 do Edital) extrapolou os limites referentes à regularidade fiscal, para fins de habilitação, ao exigir que os interessados que não possuírem imóveis no município apresentem certidão negativa imobiliária.

Nos termos do artigo 29, inciso III, da Lei n.º 8.666/93, para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, dentre outros requisitos, prova de sua regularidade fiscal para com a Fazenda Municipal do domicílio ou sede do licitante.

Com efeito, as exigências que a Administração pode fazer aos competidores restringe-se à certidão de regularidade emitida pelo fisco local, não havendo na legislação, em momento algum, a imposição de que se apresente documento negativo imobiliário expedido pelo Cartório de Imóveis.

Hodiernamente, a jurisprudência das Cortes de Contas vem se preocupando em conter requisitos que ultrapassem aqueles expressamente previstos pela Lei de Licitações e Contratos.

Logo, a obrigatoriedade da presente certidão, significa um passo maior do que aqueles que poderiam ser dados pela Municipalidade.

Dando prosseguimento ao feito, passo à análise da Cláusula 6.1.5, onde consta a exigência de apresentação de recibo de retirada do edital, como obrigação indispensável à participação da sessão do pregão.

Posto isso, verifica-se que para eventual interessado poder participar do certame, teria, obrigatoriamente, que se dirigir ao endereço físico do Órgão e retirar o edital de licitação.

É flagrante, pois, que a referida conduta viola os princípios da competitividade e da igualdade, porquanto excluiu da licitação os interessados que não puderam comparecer fisicamente ao departamento municipal.

Não é outro o entendimento do Egrégio Tribunal de Contas da União[1]: *"Também não se consideram aceitáveis as justificativas concernentes à exigência de comparecimento à sede da prefeitura para obtenção do edital, ainda mais com fixação de horário, pois restringem a competição, dificultando a participação de empresas situadas em outros municípios mais distantes.".*

Nesta mesma esteira, encontra-se a cláusula 22.1.1, que veda o pedido de esclarecimentos/providências ou impugnações ao edital por via diversa da presencial, proibindo, expressamente, que os interessados suscitassem quaisquer questões sobre o edital de forma eletrônica (e-mail, fax, ou outro instrumento similar).

Da mesma forma que é vedado ao agente público interpretar de forma extensiva as exigências para habilitação, também lhe é defeso excluir métodos que

[1] *Plenário, Acórdão 3192/2016, Relator Ministro Marcos Bemquerer, 07/12/2016.*

permitem aos licitantes concorrerem isonomicamente.

A vedação de esclarecimentos ou de quaisquer outras providências pelo meio eletrônico, é medida que representa exatamente o contrário do que preconiza, de forma expressa, a Lei n.º 12.527/11, que regula o acesso a informações públicas:

> *Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.*
> *§ 1º Na divulgação das informações a que se refere o caput, deverão constar, no mínimo:*
> *(...)*
> *IV - informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados;*
> *V - dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades; e*
> *VI - respostas a perguntas mais frequentes da sociedade.*
> *GRIFEI*

Como se não bastasse, verifica-se da cláusula 13.2, inclusa no item relativo aos Recursos, a possibilidade da pregoeira indeferir liminarmente recurso intempestivo, imotivado ou proposto por quem não tem poderes, negando, deste modo, o seu processamento.

Sem maiores delongas, a Lei que regula o Pregão n.º 10.520/02, dispõe em seu artigo 4º, inciso XVIII[2], que qualquer licitante poderá manifestar a intenção de recorrer, oportunidade em que lhe será concedido o prazo de 3 dias para arrazoar seu recurso, com igual prazo para os demais interessados apresentarem contrarrazões.

Portanto, não é acertado que a pregoeira possa indeferir, liminarmente, o processamento dos recursos, sem, sequer, ter conhecimento das razões que o fundamentaram.

[2] *Art. 4º, inciso XVIII - declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contrarrazões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos.*

Assim, em um juízo perfunctório, próprio das análises que envolvem medidas cautelares, entendo que o Procedimento Licitatório padece de irregularidades que frustram a competividade da presente licitação.

Via de consequência, a este Tribunal cumpre o papel de obstar o prosseguimento dos atos relacionados ao certame licitatório e a celebração de contrato, como forma de evitar a perpetração de uma relação jurídico-administrativa marcada *ab initio* pela eiva de ilegalidade, hipótese que não se coaduna com a ordem jurídica vigente, e que tende a dificultar a efetividade do controle externo pelos órgãos competentes.

Por fim, quantos às alegações voltadas para a formação dos preços e especificação dos produtos, não vislumbro, ao menos em sede de cautelar, a presença de irregularidades suficientes ao seu reconhecimento. Nada impedirá, contudo, que as reportadas aclarações sejam novamente apreciadas com o Controle Posterior realizado por esta Corte Fiscal.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, avaliada a natureza da medida solicitada, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, **CONCEDO LIMINARMENTE A MEDIDA CAUTELAR**, nos termos dos artigos 56, 57, incisos I e III, e 58 da Lei Complementar Estadual n.º 160/2012 c/c o art. 152, inciso I, do RITCE/MS e **DETERMINO ao Prefeito Municipal de Coronel Sapucaia, Sr. Rudi Paetzold; e a Pregoeira Oficial, Sr.ª Erica Campos Gobo, para que promovam:**

1) a **IMEDIATA SUSPENSÃO CAUTELAR do Pregão Presencial n.º 15/2020, ou, caso já praticado o referido ato, que se abstenha de celebrar o respectivo Contrato Administrativo,** até ulterior manifestação desta Corte Fiscal;

Dada a urgência da medida cautelar, intimem-se as Autoridades Responsáveis para comprovarem o cumprimento imediato da determinação acima, no prazo de 05 (cinco) dias úteis, contados da ciência da presente Decisão, sob pena de multa correspondente ao valor de 1.000 (mil) UFERMS, nos termos do art. 57, inciso III, da Lei Complementar n.º 160/2012.

No mesmo prazo, manifestem-se as Autoridades sobre o conteúdo da matéria ventilada no *decisum,* e tudo o mais que entender pertinente para uma ampla averiguação do feito.

Após, retornem os autos conclusos.

Publique-se.

Campo Grande/MS, 16 de abril de 2020.

Cons. MARCIO MONTEIRO
RELATOR

Mat