DECISÃO LIMINAR DLM - G.FEK - 71/2022

PROCESSO TC/MS	: TC/6020/2022
PROTOCOLO	: 2171743
ENTE	: MUNICÍPIO DE GLÓRIA DE DOURADOS
JURISDICIONADO (A)	: ARISTEU PEREIRA NANTES (PREFEITO MUNICIPAL)
TIPO DE PROCESSO	: CONTROLE PRÉVIO
RELATOR	: CONS. FLÁVIO KAYATT

RELATÓRIO

Tratam os autos do controle prévio do edital do Pregão Presencial n. 10/2022, tipo menor preço por item, com sessão pública programada para 16/5/2022. O edital, lançado pela Administração Municipal de Glória de Dourados, tem como objeto a "aquisição de veículo, caminhões e implementos, conforme especificações do termo de referência" (peça 9, fl. 78).

Em exame prévio do certame público, a Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias (DFLCP) verificou que a licitação em análise apresenta indícios de irregularidades, consistentes na caracterização do objeto; ausência de ampla pesquisa de preços; adoção do modo presencial do pregão; divergência quanto ao prazo de entrega; exigência da generalidade da carga tributária; exigência de negativa de recuperação judicial e alvará de localização (Análise ANA - DFLCP - 3549/2022, peça 12, fls. 124-134).

É o relatório.

DECISÃO

Inicialmente, pontuo que a medida cautelar é a medida provisória tendente a afastar a iminência de um possível dano a um direito. Sua aplicação pelos Conselheiros deste Tribunal, inclusive de ofício, está positivada pelas regras dos arts. 56, 57 e 58 da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012, e do art. 149 do Regimento Interno (aprovado pela Resolução TCE/MS n. 98, de 5 de dezembro de 2018) – competência reconhecida também no âmbito judicial no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da MEDIDA CAUTELAR NO MANDADO DE SEGURANÇA MS 26547 DF, em 23 de maio de 2007 (Publicação no DJ 29/05/2007 PP-00033, Processo n. 00853820060, Relator Ministro Celso de Melo).

Quanto ao exame do controle prévio exercido por esta corte, sua função é precípua impedir a propagação de certames que sejam capazes de lesar os cofres públicos ou direcionar o resultado da licitação, conforme se extrai do art. 151, parágrafo único do Regimento Interno desta Corte.

Dito isso, vejo que, dentre os achados apontados pela equipe técnica, destaca-se, neste momento processual:

i. a documentação exigida para a habilitação econômica das empresas, cujo teor exigiu dos proponentes a apresentação de certidão negativa de recuperação judicial e extrajudicial;

ii. a divergência quanto ao prazo de entrega dos bens licitados e imprecisão na caracterização do objeto, haja vista a falta de definição mínima do ano de fabricação de todos os veículos/maquinários licitados.

Assim, passando-se à discussão do primeiro ponto, 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.*

A legislação, portanto, não exige dos interessados certidão negativa de recuperação judicial como requisito à qualificação econômica. Dessa forma, não pode o jurisdicionado exigir dos licitantes encargos e formalidades alheios àqueles impostos pela legislação, sob pena de violar, sobremaneira, o caráter competitivo inerente aos certames licitatórios. Corroborando esse entendimento, vale dizer que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é de que não cabe 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)

Exatamente nesse sentido, verificam-se, nesta Corte de Contes, as recentes decisões liminares DLM – 37/2020 (TC/4030/2020) e DLM – 123/2019 (TC/11130/2019), que suspenderam a marcha de licitações que continham a idêntica cláusula restritiva. Além disso, o Plenário deste Egrégio Tribunal de Contas de Mato Grosso do Sul[1], quando instado sobre a matéria, referendou o entendimento dominante:

> ***DENÚNCIA – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – CONCORRÊNCIA – SERVIÇOS DE ENGENHARIA – ILUMINAÇÃO PÚBLICA – ALEGAÇÃO DE VÍCIOS – FALTA DE LEGALIDADE, ISONOMIA E IMPESSOALIDADE – SUPOSTA RESTRIÇÃO À COMPETIVIDADE – NÃO CARACTERIZAÇÃO – INSCRIÇÃO NO CONSELHO PROFISSIONAL COMPETENTE – FASE DE ASSINATURA DO CONTRATO – EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL – PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES (...)***
> *(...) As empresas em recuperação judicial, mas que se encontram em situação tributária e fiscal regular, são aptas a contratarem com o poder público, de modo que o Edital de procedimento licitatório pode prever a possibilidade de dispensa da certidão negativa de falência ou concordata, elencada no art. 31, inciso II, da Lei 8.666/93, para empresas que estão em recuperação judicial ou extrajudicial, desde que apresentem as certidões que comprovem tal situação. (...)*

Em relação ao segundo ponto, a equipe técnica destacou uma divergência no que diz respeito ao prazo de entrega dos bens licitados. Enquanto a minuta do contrato prevê que o prazo de entrega do objeto será de 120 dias, o termo de referência estipula que os veículos deverão ser entregues no prazo máximo de 5 dias úteis, a contar da solicitação.

A presente contradição evidenciada acima, por si só, interfere nas propostas a serem apresentadas e na adequada execução do contrato futuramente celebrado. E, para evitar interferência da mesma natureza, também é necessário que a municipalidade esclareça a precisa caracterização do objeto, no que se relaciona à definição mínima do ano de fabricação de todos os veículos/maquinários licitados.

Assim, num juízo perfunctório, próprio das análises que envolvem medidas cautelares, entendo que o procedimento licitatório apresenta irregularidades que ensejam a aplicação medidas cautelares, uma vez que essas irregularidades comprometem a competitividade do certame. Em razão disso, cabe a este Tribunal

[1] TC/938/2018, Acórdão AC00-3402/2018, Cons. Rel. Jerson Domingos.

obstar o prosseguimento dos atos relacionados ao certame licitatório e à 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.

Ao revés, não há perigo de irreversibilidade na medida suspensiva ora adotada, de modo que não haverá prejuízo ou óbice à retomada dos atos executórios, acaso esclarecidos e reformados os pontos controvertidos, com a consequente reabertura do prazo para a realização da sessão e apresentação das propostas.

Ante o exposto, examinadas as irregularidades apontadas e verificada a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, decido nos sentidos de **aplicar 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, **determinando** que:

a) o Prefeito Municipal de Glória de Dourados, Sr. Aristeu Pereira Nantes, promova a **IMEDIATA SUSPENSÃO CAUTELAR** do Pregão Presencial n.º 10/2022, ou, caso já praticado o referido ato, que se abstenha de celebrar o respectivo contrato administrativo, até ulterior manifestação deste Tribunal;

b) seja facultado ao responsável a tomada das correções necessárias com vistas ao restabelecimento da licitação, republicando-se o edital, com a consequente reabertura do prazo legal para a realização da sessão e apresentação das propostas;

c) a autoridade responsável seja intimada para, no prazo 5 (cinco) dias úteis:

1. comprovar o cumprimento imediato das determinações desta decisão;
2. manifestar-se sobre o conteúdo da matéria ventilada no *decisum,* bem como encaminhe os eventuais documentos faltantes, e tudo o mais que entender pertinente para uma ampla averiguação do feito;
3. encaminhar, caso venha a anular definitivamente o Pregão Presencial n. 10/2022, o comprovante de anulação a este Tribunal.

d) a intimação seja feita por correspondência eletrônica, nos termos do art. 50, II, da Lei Complementar (estadual) n. 160, de 2 de janeiro de 2012.

É a decisão.

Campo Grande/MS, 16 de maio de 2022.

CONSELHEIRO FLÁVIO KAYATT
Relator

rt/fij