DECISÃO LIMINAR DLM - G.MCM - 123/2019

PROCESSO TC/MS	: TC/11130/2019
PROTOCOLO	: 2000471
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE PONTA PORÃ
INTERESSADO	: HÉLIO PELUFFO FILHO
TIPO DE PROCESSO	: DENÚNCIA
RELATOR	: CONS. MARCIO MONTEIRO

Vistos e etc.

Cuida-se de **DENÚNCIA, com pedido de medida cautelar,** oferecida pela pessoa física Sebastiana Marinho de Moura Narciso, devidamente qualificada nos autos, em desfavor da PREFEITURA MUNICIPAL DE PONTA PORÃ, em decorrência de eventuais irregularidades perpetradas no procedimento licitatório Tomada de Preços n.º 025/2019, que objetiva a contratação de empresa especializada para elaboração de estudo de viabilidade técnica econômica do Parque Tecnológico Internacional e capacitação dos dirigentes para melhor articulação territorial em Ponta Porã.

A Denúncia foi devidamente recebida pelo Conselheiro Presidente, conforme Despacho de peça 03, que verificou o preenchimento dos requisitos de admissibilidade previstos nas normas regimentais.

Alega a Denunciante que a presente licitação está eivada de ilegalidades que impedem o seu prosseguimento, dentre as quais: *i) impedimento de participação de empresa em recuperação judicial; ii) irregularidade quanto à qualificação fiscal; iii) irregularidade com relação ao prazo para impugnar o edital; e iv) alterações no Edital sem a devida devolução de prazo para os proponentes.*

Com o fito de ver provadas suas alegações, insertou ao feito os documentos de pp. 02/124.

Em razão dos fatos aqui noticiados, requer seja determinada, em caráter de urgência, a imediata suspensão do procedimento licitatório Tomada de Preços n.º 025/2019.

É O RELATÓRIO. PASSO À FUNDAMENTAÇÃO.

Os argumentos fáticos e legais expendidos na petição vestibular possuem verossimilhança suficiente para autorizar a emissão de decisão, em caráter liminar, para o fim de suspender a marcha do licitatório.

De acordo com as informações veiculadas no procedimento licitatório, o edital da Tomada de Preços contém as seguintes cláusulas, ora objetos do presente julgamento:

> 2.4. Não poderão participar desta Tomada de Preço, isoladamente ou de forma consorciada:
> 'c'. Que estejam sob falência, recuperação judicial ou extrajudicial, concurso de credores, dissolução e liquidação.
>
> 5.1.8. Prova de regularidade para com a Fazenda Pública Municipal, mediante apresentação de certidão negativa de competência municipal. Referida certidão poderá ser de forma geral, alcançando todos os tributos, ou de forma especificada do Município sede da empresa interessada.
>
> 14.2. Os interessados que tiverem dúvidas de caráter legal ou técnico na interpretação dos termos deste edital ou qualquer outra a ele relacionada deverão questioná-las, dirigindo-se ao Presidente da Comissão Permanente de Licitação, em petição escrita, com antecedência mínima de 05 (cinco) dias, da data de abertura da licitação, mediante protocolo durante o expediente, no endereço à Rua Guia Lopes, 663, Centro, Ponta Porã/MS, Setor Protocolo.

Tratando-se, pois, de matérias exclusivamente de direito, passamos às respectivas considerações.

Extrai-se do item 2.4, a vedação de participação de empresas interessadas que estejam em processo recuperação judicial ou extrajudicial, concurso de credores, dissolução e 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.*

A partir da análise do Edital denunciado frente à Lei n.º 8.666/93, 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 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, *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, razão pela qual a cláusula do Edital 2.4, padece de irregularidade.

Ato contínuo, verifica-se que o aludido Licitatório extrapolou os limites referentes à regularidade fiscal, para fins de habilitação, o que, por consequência, restringe a competitividade do licitatório (item 5.1.8 do Edital), senão vejamos.

A cláusula em análise é bastante clara ao exigir dos licitantes a comprovação de regularidade fiscal, junto à fazenda municipal, alcançando todos os tributos.

Entretanto, o artigo 29, inciso II, da Lei n.º 8.666/93, que dispõe acerca da documentação relativa à qualificação fiscal, assim normatiza: *"prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual".*

Logo, partindo de uma interpretação literal do dispositivo em voga, infere-se que a prova da regularidade fiscal deve ser restrita à carga tributária que possuir relação de pertinência com o objeto licitado.

Portanto, exigir dos licitantes, de forma genérica, a comprovação de regularidade de 'todos os tributos', se apresenta dissociada dos preceitos legais, um passo maior do que aquele que a Administração poderia ter dado.

Como se não bastasse, na esteira da cláusula 14.2, constata-se nova ilegalidade, agora no concernente ao prazo oferecido aos licitantes para eventual impugnação do edital: *"os interessados que tiverem dúvidas de caráter legal ou técnico na interpretação dos termos deste edital ou qualquer outra a ele relacionada deverão questioná-las (...), com antecedência mínima de 05 (cinco) dias, da data de abertura da licitação.".*

Nesse ponto, não há maiores controversas. Nos termos do §2º do artigo 41 da Lei n.º 8.666/93, decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer *até o segundo dia útil* que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação da tomada de preços.

Diferentemente do que previu o Edital em análise, a estipulação de 05 dias de antecedência à habilitação, como prazo de impugnação, somente pode ser imposto aos interessados que não forem os licitantes, pois, como descrito acima, a estes, o prazo decadencial persiste até o segundo dia útil anterior ao certame.

Por fim, depreende-se do documento de pp. 123/124 que a Administração Municipal alterou os critérios de formulação das propostas, contudo, deixou de reabrir o prazo inicialmente estabelecido para que os licitantes ofertassem os seus respectivos preços, afrontando, de forma manifesta, a norma esculpida no artigo 21, §4º, da Lei n.º 8.666/93[1].

Assim, num juízo perfunctório, próprio das análises que envolvem medidas cautelares, entendo que o certame em debate possui cláusulas contrárias as disposições contidas na Lei Nacional de Licitações e Contratos Administrativos.

Portanto, são plausíveis as considerações tecidas pela denunciante de que a Tomada de Preços em tela padece de vícios.

Via de consequência, a este Tribunal cumpre o papel de obstar o prosseguimento do procedimento licitatório 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.

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, da Lei Complementar Estadual n.º 160/2012 c/c o art. 128, inciso I, do RITCE/MS e **DETERMINO ao Prefeito Municipal de Ponta Porã, Sr. Hélio Peluffo Filho, para que promova:**

1) a **IMEDIATA SUSPENSÃO CAUTELAR da Tomada de Preços n.º 025/2019, ou, caso já praticada a homologação do referido ato, que**

[1] Art. 21, §4º, da Lei n.º 8.666/93: Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

se abstenha de realizar quaisquer atos de celebração ou execução do respectivo Contrato Administrativo, até ulterior manifestação desta Corte Fiscal;

Dada a urgência da medida cautelar, intime-se a Autoridade Responsável para comprovar 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, manifeste-se a Autoridade sobre o conteúdo da matéria ventilada no *decisum*, e tudo o mais que entender pertinente para uma ampla averiguação do feito, nos termos do art. 149, §2º, do RITCE/MS.

Após, retornem os autos conclusos.

Publique-se.

Campo Grande/MS, 15 de outubro de 2019.

Cons. MARCIO MONTEIRO
RELATOR

Mat