DECISÃO LIMINAR DLM - G.MCM - 119/2021

PROCESSO TC/MS	: TC/11561/2021
PROTOCOLO	: 2127129
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE MARACAJU
INTERESSADO	: JOSÉ MARCOS CALDERAN (PREFEITO MUNICIPAL)
TIPO DE PROCESSO	: CONTROLE PRÉVIO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS
RELATOR	: CONS. MARCIO MONTEIRO

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

RELATÓRIO

Cuida-se de Controle Prévio de Procedimento Licitatório, realizado pela Divisão de Fiscalização de Engenharia, Arquitetura e Meio Ambiente, sobre o Edital de Licitação – Concorrência n.º 4/2021, celebrada pela Prefeitura Municipal de Maracaju, objetivando a contratação de empresa para execução de obra de construção de uma escola com 14 salas de aula e uma quadra poliesportiva, com valor estimado em R$ 8.516.371,34.

Em exame prévio do certame público, a Equipe Técnica verificou que a licitação em análise apresenta indício de irregularidade, consistente em eventual cumulação indevida de garantias econômico-financeiras.

Diante a questão fática alegada, requestaram os Auditores pela concessão de medida cautelar, a fim de sustar o andamento da licitação e da consequente contratação administrativa.

A Sessão Pública encontra-se marcada para o dia 04 de outubro de 2021.

Os autos vieram-me conclusos para apreciação.

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 da licitação.

Extrai-se do artigo 151, *parágrafo único*, do RITCE/MS[1], que dispõe sobre o controle prévio exercido por esta Casa, que o procedimento tem por função precípua impedir a propagação de certames que sejam capazes de lesar os cofres públicos ou direcionar o resultado da licitação.

Na hipótese dos autos, de acordo com as informações veiculadas no procedimento licitatório, depreende-se a existência de elementos que atraem uma atuação preventiva em prol da competitividade da reportada concorrência.

Em sua análise técnica, a Divisão apontou que a licitação apresenta indício de irregularidade, consistente em cumulação indevida de garantias econômico-financeiras.

Diante disso, destaca-se, neste momento processual, o item 7.3.4 ‘c’ e ‘d’ do Edital, referente à qualificação econômico-financeira, cujo teor exigiu dos licitantes a comprovação de capital mínimo correspondente a 10% do valor estimado da contratação, cumulada com a prestação de garantia para licitar, na fração de 1% sobre o valor estimado do objeto.

A Lei Federal n.º 8.666/93, que rege o presente certame, dispõe em seu artigo 31, acerca dos requisitos e documentos necessários à habilitação econômica em processos licitatórios, do qual transcrevo o §2º, que impede à cumulação dos instrumentos de garantia:

> Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:
>
> § 2º. A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo **OU** de patrimônio líquido mínimo, **OU** ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

[1] Se a divisão de fiscalização verificar a existência de possíveis irregularidades capazes de obstarem a continuidade do certame, emitirá manifestação fundamentada, contendo, de forma clara e precisa, o risco de dano e prejuízo ao erário.

A exegese da norma federal, aponta com clareza pela impossibilidade da exigência **cumulada** de capital mínimo e garantia da proposta, dado o caráter alternativo dos referidos instrumentos.

Com efeito, não pode o Jurisdicionado exigir dos licitantes os referidos encargos de forma cumulada, em descompasso às formalidades impostas pela legislação, sob pena de violar, sobremaneira, o caráter competitivo inerente aos certames licitatórios, limitando o número de eventuais interessados.

Não é outro o entendimento adotado pelo Colendo Tribunal de Contas da União, conforme se vê do entendimento sedimentado na Sumular n.º 275, *verbis*:

> SÚMULA TCU 275: Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração pode exigir das licitantes, **de forma não cumulativa**, capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços.
>
> GRIFO NOSSO

Nesse sentido, aliás, há decisões monocráticas proferidas por este Tribunal de Contas, em sede de controle prévio de contratações públicas, para o fim de sustar o prosseguimento de licitação contendo idêntica condição restritiva[2].

Inclusive, há de ressaltar que o precedente de minha relatoria, acima citado, deu-se, também, em licitação envolvendo o Município de Maracaju, cujo o Edital continha a mesma condição econômica para participação.

Naquele procedimento, o Jurisdicionado arguiu, em suma, que as modalidades exigidas não se confundem, sendo uma atrelada à fase licitatória e a outra utilizada como garantia contratual.

[2] DLM–112/2021 (TC/10525/2021), Cons. Rel. Marcio Monteiro; e DLM–81/2020 (TC/MS/9123/2020) Cons. Rel. Ronaldo Chadid.

Por isso, levando em consideração a identidade do conteúdo enfrentado em ambos os controles prévios, antecipa-se à alegação defensiva, afastando-a pelos seguintes motivos.

As garantias da proposta e de capital social mínimo encontram-se alojadas entre às condições editalícias à habilitação/qualificação dos interessados em participar do certame.

Como se sabe, a modalidade licitatória de Concorrência, processada sob o rito do artigo 43, da Lei n.º 8.666/93[3], estabelece, dentre outros critérios, que a apreciação da habilitação dos interessados precede à abertura das propostas.

O raciocínio é simples, como a cláusula fora incluída como requisito à qualificação econômica, o seu não cumprimento impedirá o licitante de ofertar sua proposta na sessão de concorrência, por isso, eventual ilegalidade nesse sentido afronta diretamente à competitividade e isonomia do certame licitatório.

A título informativo, acaso o procedimento eleito fosse o Pregão, poder-se-ia conhecer a alegação de que a garantia de capital mínimo fosse restrita à formalização do contrato, isso porque, nesta via, ocorre a inversão das fases processuais, onde primeiro se declara o vencedor, para, então, colher a documentação habilitatória.

Na hipótese dos autos, eventuais garantias contratuais devem estar previstas na minuta do contrato e, após, evidentemente, no efetivo instrumento celebrado.

O que não pode admitir é a cumulação indevida de garantias como condição de habilitação dos interessados, pois restritiva à competitividade.

Assim, num juízo perfunctório, próprio das análises que envolvem medidas

[3] Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:
I - abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação;
(...)
III - abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos;
IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital (...);
V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;
(...)

cautelares, verificam-se presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, consubstanciado no risco à competitividade da licitação.

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 esclarecido e reformado o ponto controvertido, com a consequente reabertura do prazo para a realização da sessão e apresentação das propostas.

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.

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 Maracaju, Sr. José Marcos Calderan, para que promova:**

I) a **IMEDIATA SUSPENSÃO CAUTELAR da Concorrência n.º 4/2021, ou, caso já praticado o referido ato, que se abstenha de celebrar o respectivo Contrato Administrativo,** até ulterior manifestação desta Corte Fiscal;

II) **FACULTA-SE** ao responsável a tomada da correção necessária com vista ao restabelecimento da licitação, republicando-se o Edital, com a consequente reabertura do prazo legal para a realização da sessão e apresentação das propostas;

III) 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 500 (quinhentas) UFERMS, nos termos do art. 57, inciso III, da Lei Complementar n.º 160/2012;

IV) 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.

Após, retornem os autos conclusos.

Publique-se.

Campo Grande/MS, 01 de outubro de 2021.

CONS. MARCIO MONTEIRO
RELATOR

MAT