DECISÃO LIMINAR DLM - G.MCM - 81/2022

PROCESSO TC/MS	: TC/6710/2022
PROTOCOLO	: 2175192
ÓRGÃO	: PREFEITURA MUNICIPAL DE NOVA ALVORADA DO SUL
INTERESSADO	: JOSÉ PAULO PALEARI (PREFEITO)
CONTROLE PRÉVIO	: CONTROLE PRÉVIO
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 realizado pela Divisão de Fiscalização de Licitações, Contratações e Parcerias, sobre o Edital de Licitação – Pregão Presencial n.º 11/2022, celebrado pela Prefeitura Municipal de Nova Alvorada do Sul, objetivando o registro de preços para aquisição futura de concreto asfáltico usinado a quente.

Em exame prévio do certame público, a Equipe Técnica verificou que a licitação em análise apresenta indícios de irregularidades, consistentes na deficiência da estimativa quantitativa; adoção do modo presencial do pregão; divergência quanto ao prazo de entrega; exigência da generalidade da carga tributária; exigência de negativa de recuperação judicial; exigências indevidas a respeito da qualificação fiscal e econômica.

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 31 de maio de 2022.

Os autos vieram-me conclusos para apreciação.

FUNDAMENTAÇÃO

Extrai-se do artigo 151, *parágrafo único*, do RITCE/MS[1], que regulamenta 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.

Dentre os achados, destacam-se, neste momento processual, os itens 4.4 e 7.3.1 do Edital, cujo teor exigem dos proponentes a apresentação de certidão negativa de recuperação judicial e extrajudicial.

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 exigir dos licitantes encargos e formalidades alheios àqueles impostos pela legislação, sob pena de violar, sobremaneira, o caráter competitivo inerente aos certames licitatórios.

[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.

Consoante 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)

Em juízo monocrático, aliás, exatamente nesse sentido, prolatei recentes Decisões Liminares (DLM – 37/2020, TC/4030/2020; e DLM – 123/2019,

TC/11130/2019) suspendendo a marcha de licitações que continham a idêntica cláusula restritiva.

Ademais, impende ressaltar que o Plenário deste Egrégio Tribunal de Contas de Mato Grosso do Sul[2], 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.

Ademais, a Divisão constatou uma divergência no que diz respeito ao prazo de entrega dos bens licitados. Enquanto o edital prevê que o prazo de entrega do objeto será de 5 dias (cláusula 14.2), o termo de referência estipula que aquele deverá ser entregue no prazo máximo de 15 dias úteis (item 4 do TR).

A presente contradição, por si só, interfere nas propostas a serem apresentadas e na adequada execução do contrato futuramente celebrado.

Por fim, quanto aos demais pontos de controle, esclareço que os achados carecem de justificativa pelo Jurisdicionado, razão porquê postergo sua análise para o momento processual seguinte à resposta eventualmente apresentada.

Assim, num juízo perfunctório, próprio das análises que envolvem medidas cautelares, entendo que o procedimento licitatório padece de irregularidade que compromete à competitividade do certame, pressuposto indispensável à concessão de medidas cautelares.

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

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.

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 Nova Alvorada do Sul, Sr. José Paulo Paleari, para que promova:**

I) a **IMEDIATA SUSPENSÃO CAUTELAR do Pregão Presencial n.º 11/2022, 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 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;

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, 27 de maio de 2022.

CONS. MARCIO MONTEIRO

RELATOR

MAT