

Processo nº: 1.076.985

Natureza: Denúncia

Denunciante: Sandro Pinheiro de Albuquerque

Jurisdicionado: Município de Conceição do Mato Dentro

Trata-se de denúncia, com pedido de suspensão do certame, formulada por Sandro Pinheiro de Albuquerque, em face de supostas irregularidades no edital do Pregão Presencial nº 50/19, Processo Licitatório nº 151/19, que tem como objeto a “contratação de empresa para fornecimento de software de licença de uso, para aferição, declaração e acompanhamento da arrecadação municipal do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) relativo a Instituições Financeiras e Cartórios no município de Conceição do Mato Dentro, em atendimento às demandas da Secretaria Municipal de Fazenda”.

Por força do art. 126, inciso I, do Regimento Interno, o processo foi redistribuído ao conselheiro substituto Adonias Monteiro para apreciação da medida cautelar.

Optou, então, o referido conselheiro por determinar (fls. 50/51) a intimação do atual Prefeito de Conceição do Mato Dentro para que enviasse cópia dos documentos atualizados relativos às fases interna e externa do certame, informando o estágio em que se encontrava o procedimento licitatório e, ainda, apresentasse as justificativas e documentos que entendesse cabíveis.

Com as justificativas (fls. 55/58) e os documentos de fls. 59/189 apresentados pelo Procurador do município, o processo foi redistribuído (fl. 203), em 07/10/19, à minha relatoria, em conformidade com o art. 127 do Regimento Interno, para apreciação da medida cautelar.

Tendo em vista que a abertura das propostas está designada para o dia 14/10/19, a tempo encaminhei os autos à Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação – CFEL para apreciação preliminar do procedimento licitatório, quanto aos tópicos aventados na denúncia e a outros que, a juízo daquela Unidade, possuísem materialidade para os fins de medida cautelar.

A CFEL, em análise preliminar quanto aos tópicos aventados, entendeu pela procedência da denúncia no que se refere aos seguintes fatos: omissão quanto à regulamentação e o prazo para os serviços iniciais de implantação; proibição de participação de empresas em recuperação judicial e extrajudicial; republicação do novo edital com mesma numeração do edital anterior referente à licitação deserta; exigência de certidão negativa de débito para comprovação de regularidade fiscal e ausência de informações e omissão da precificação dos serviços. Ao final, sugeriu a Unidade Técnica a suspensão do certame.

No que toca a omissão quanto à regulamentação e ao prazo para os serviços iniciais de implantação, entendo, na mesma linha argumentativa do gestor público, que a previsão contratual, item 3.1, de que a contratada deve iniciar a execução do objeto em um prazo máximo de 15 (quinze) dias, após o conhecimento da autorização de serviço emitida pelo contratante (ou de outro documento equivalente), contempla os serviços iniciais de implantação.

Quanto à vedação de participação de empresas em recuperação judicial e extrajudicial, conforme item 4.2.1 do edital, as razões apresentadas pela Unidade Técnica são bem elucidativas (fls. 205v/206v), *in verbis*:

Em manifestação de oitiva prévia, o denunciado afirma que a proibição em análise encontra respaldo no disposto pelo art. 31, II, da Lei nº 8.666/93. Salienta, ainda, que tal situação pode ser flexibilizada caso a empresa licitante demonstre de forma cabal sua condição de executar o contrato, conforme prevê o art. 47 da Lei nº 11.101/2005.

O edital, à fl. 10 dos autos, prevê:

IV - CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO

[...]

Gabinete do Conselheiro Cláudio Couto Terrão

4.2. Não poderá participar da presente licitação a pessoa jurídica que:

4.2.1. Esteja sob processo de falência, recuperação judicial, recuperação extrajudicial, insolvência civil, concurso de credores, dissolução, liquidação e não sejam controladas, coligadas ou subsidiárias entre si;

A Lei Federal nº 11.101/05, que regula a recuperação judicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, em seu art. 52, inciso II e art. 69, assim estabelece:

Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato: [...]

II – determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta Lei; (g.n.) [...]

Art. 69. Em todos os atos, contratos e documentos firmados pelo devedor sujeito ao procedimento de recuperação judicial deverá ser acrescida, após o nome empresarial, a expressão "em Recuperação Judicial".

Parágrafo único. O juiz determinará ao Registro Público de Empresas a anotação da recuperação judicial no registro correspondente.

A questão da recuperação judicial foi estabelecida pela Lei nº 11.101/05, gerando polêmica nas licitações. Afinal, a Lei nº 8.666/93 foi editada com base em legislação mais rigorosa nesse aspecto, e estabeleceu a apresentação de certidão negativa de falência ou concordata pelos interessados em participar de licitações, como condição de habilitação.

A concordata deixou de existir e foi inserida no ordenamento a recuperação judicial.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ (Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 23.499/RS, sessão: 18.12.2014), em julgamento dessa matéria, entendeu que a empresa em recuperação judicial estaria, legalmente, em condições de participar de licitações, ou seja, “nos feitos que contam como parte pessoas jurídicas em processo de recuperação judicial, a jurisprudência do STJ tem-se orientado no sentido de se viabilizar procedimentos aptos a auxiliar a empresa nessa fase.”

Por seu turno, o Ministério Público do Rio Grande do Sul, ao julgar a possibilidade de participação de empresa em recuperação judicial em uma licitação, estabeleceu que a mesma "possui todas as certidões negativas ínsitas no art. 31 da Lei nº 8.666/93, sendo certo que, por estar em recuperação judicial, não seria capaz de apresentar apenas a certidão negativa de falência ou concordata." Ao manter a decisão em agravo, o STF destacou que “a Administração Pública eram 100% da fonte de receitas da empresa, razão pela qual impossibilitá-la de participar de certames públicos seria sentenciá-la à falência”. (sic)

Já o TCU (Acórdão nº 8.271/2011-2ª Câmara) cientificou o órgão jurisdicionado que “em suas licitações, é possível a participação de

Gabinete do Conselheiro Cláudio Couto Terrão

empresa em recuperação judicial, desde que amparada em certidão emitida pela instância judicial competente, que certifique que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório nos termos da Lei 8.666/93. ”

Nota-se que não há regra estabelecida para a matéria, mas não se pode deixar de proteger o interesse público nas licitações e a Administração deve garantir a isonomia entre os licitantes, não podendo “boicotar” o objetivo da Lei nº 11.101/05 que é de propiciar a possibilidade de as empresas se reerguerem.

Esta Corte de Contas assim decidiu nos autos da Denúncia nº 986583, da relatoria do Conselheiro Gilberto Diniz, Sessão do dia 25/05/2017:

EMENTA DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS PARA AQUISIÇÃO DE EXAMES DE IMAGEM, RADIOLÓGICOS E CONTRASTADOS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. AUSÊNCIA DE EXIGÊNCIA DE REGISTRO DE LICITANTE NA ENTIDADE DE CLASSE. IRREGULAR. NÃO FIXADA RESPONSABILIDADE. FALTA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO AO CERTAME. RECOMENDAÇÕES.

1. Na fase de habilitação, as exigências de caráter técnico-profissional ou técnico-operacional não podem comprometer o caráter competitivo do certame e devem ser suficientes para garantir a fiel execução do futuro contrato.
2. Constitui requisito indispensável para a qualificação técnica das licitantes, na fase de habilitação, a prova de registro ou inscrição na entidade profissional competente, se a execução do objeto demandar a participação de profissional especializado, limitando-se ao conselho que fiscalize a atividade básica ou o serviço preponderante da licitação.
3. A divulgação do valor orçado e, se for o caso, do preço máximo, caso este tenha sido fixado, no caso do pregão, é meramente facultativa.
4. **A apresentação de certidão positiva de falência ou de recuperação judicial não implica a imediata inabilitação, cabendo ao pregoeiro ou à comissão de licitação realizar diligências para avaliar a real situação de capacidade econômico-financeira da licitante.**
5. O administrador tem a faculdade de decidir pela vedação ou não da participação de empresas reunidas em consórcio na licitação, segundo critérios de conveniência e oportunidade, devendo o ato convocatório estar seguido de motivação. (negrito nosso)

O gestor público, instado a se manifestar, esclareceu que o impedimento constante no item 4.2.1 do edital encontra respaldo no art. 31, inciso II, da Lei nº 8.666/93, que prevê:

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;

Ressaltou que tal situação pode ser flexibilizada caso a empresa licitante demonstre de forma cabal sua condição de executar o contrato, nos termos do art. 47 da Lei nº 11.101/05 e consoante decisão do Superior Tribunal de Justiça nos autos do Agravo em Recurso Especial (AResp) nº 309.867 – ES, DJe 08/08/2018.

Tendo em vista as razões apresentadas pelo gestor público, entendo, em uma análise preliminar, que a exigência em tela não implica necessariamente restrição à participação no certame, uma vez que a empresa poderá demonstrar sua condição de executar o contrato.

Quanto à questão atinente à republicação do novo edital com mesma numeração do edital anterior, referente à licitação deserta, entendo que razão assiste à Unidade Técnica (fls. 211/212v), no sentido de que caberia à Administração Pública ter reeditado o edital do certame. No entanto, ao contrário da Unidade Técnica, entendo que a tal fato deve ser aplicado o princípio do formalismo moderado, uma vez que não há indício de prejuízo à regularidade do procedimento licitatório.

No que se refere à exigência de certidão negativa de débito para comprovação de regularidade fiscal, os itens 7.2.1.3, 7.2.1.4 e 7.2.1.5 do edital assim dispõem:

7.2.1 - REGULARIDADE FISCAL E TRABALHISTA

[...] 7.2.1.3 - prova de regularidade, **em plena validade**, para com a Fazenda Federal (consistindo em certidão negativa de tributos e contribuições federais e Certidão de Quitação da Dívida Ativa da União, expedida pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional);

7.2.1.4 - prova de regularidade, **em plena validade**, para com a Fazenda Estadual (Certidão Negativa quanto a Dívida Ativa do Estado);

7.2.1.5 - prova de regularidade, **em plena validade**, para com a Fazenda Municipal

(Certidão Negativa de Débitos Municipais) do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da Lei;

Segundo o Ministério da Fazenda¹, a Certidão de Regularidade Fiscal pode ser: Certidão Negativa de Débitos (CND), Certidão Positiva Com Efeitos de Negativa (CPEN) ou Certidão Positiva (CP).

Tendo em vista que referidas cláusulas do edital utilizam o termo “em plena validade”, entendo, diferentemente da Unidade Técnica, que as exigências não estão se restringindo às certidões exclusivamente negativas, o que seria um contrassenso e absurdo, podendo ser apresentadas, como válidas, as certidões positivas com efeitos de negativas.

Por fim, no que se refere à ausência de informações e omissão da precificação de determinados serviços, conforme item 2 do Termo de Referência (fls. 27/28), consubstanciados em suporte técnico na execução e acompanhamento dos serviços; atendimentos e visitas emergenciais; recepção de servidores do município e de seus entes na sede da empresa contratada, para orientações técnicas específicas, produção de trabalhos especiais, orientações, treinamentos e consultorias; respostas de consultas por telefone diretas e por meio dos sistemas de comunicação disponíveis, entendo que integram o objeto do certame e devem ser levados em conta pelos potenciais licitantes quando da elaboração de suas propostas comerciais.

No meu entender, em um juízo preliminar, a Administração estabeleceu o objeto de forma precisa e satisfatória, com todas as características indispensáveis.

Diante de todo o exposto, nesse juízo perfunctório, não vislumbro irregularidades capazes de justificar a suspensão do certame, ao contrário da Unidade Técnica, tampouco razão suficiente, fundada em probabilidade do

¹ Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/carta-de-servicos/lista-de-servicos/procuradoria-geral-da-fazenda-nacional-pgfn/certidao-de-regularidade-fiscal>. Acessado em: 11/10/19.

direito e em perigo de demora, para suspendê-lo, de tal modo que indefiro a liminar requerida pelo denunciante.

Ressalte-se que essa decisão não obsta, todavia, a fiscalização desta Corte de Contas para fins de controle de legalidade em sua acepção mais ampla, que será exercido com a tramitação regular do feito, oportunizado o contraditório e a ampla defesa às partes e aos interessados.

Determino à **Secretaria da Segunda Câmara** que cientifique, por meio eletrônico, nos termos do art. 166, § 1º, inciso VI, do Regimento Interno, os Senhores Sandro Pinheiro de Albuquerque, denunciante, e José Fernando Aparecido de Oliveira, atual Prefeito do Município de Conceição do Mato Dentro, acerca do teor desta decisão.

Ato contínuo, encaminhe-se o processo ao Ministério Público de Contas para que se manifeste nos termos do art. 61, § 3º, do Regimento Interno.

Belo Horizonte, 14 de outubro de 2019.

Cláudio Couto Terrão
Conselheiro Relator