

RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

CONCORRÊNCIA SMCG Nº 003/2024

OBJETO: PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO PARA A CONCEPÇÃO, DESENVOLVIMENTO, FABRICAÇÃO, FORNECIMENTO, INSTALAÇÃO, MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO DE MOBILIÁRIO URBANO DE USO E DE UTILIDADE PÚBLICA, DIVIDIDO EM 4 LOTES, NO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO.

IMPUGNANTE: ANSELMO NOGUEIRA JUNIOR

1 – ADMISSIBILIDADE

No dia 27 de setembro de 2024, o Sr. ANSELMO NOGUEIRA JUNIOR (“ANSELMO”), brasileiro, advogado inscrito na OAB/SP sob o nº 401.118, apresentou impugnação ao Edital de Concorrência SMCG nº 03/2024, promovida pela Secretaria Municipal de Coordenação Governamental.

Conforme previsão do item 1.8 do referido Edital de Concessão, em consonância com o disposto no art. 164 da Lei nº 14.133/21, qualquer pessoa é parte legítima para impugnar edital de licitação, até 03 (três) dias úteis antes da data de entrega dos envelopes. Portanto, é tempestiva a impugnação.

2 – IMPUGNAÇÃO

Em apertada síntese, a impugnação apresentada pelo Sr. ANSELMO questiona (i) o suposto permissivo editalício para participação de licitantes declaradas inidôneas pela Administração Pública Estadual ou Federal; (ii) a existência de restrições injustificadas na apresentação da garantia de proposta; (iii) da suposta contradição acerca da possibilidade (ou não) de participação de empresas em recuperação judicial; e (iv) a existência de exigências irregulares de habilitação fiscal.

Com base nestes argumentos, o Sr. ANSELMO assinala a gravidade das irregularidades apontadas, pugnando pelo deferimento de tutela provisória para a imediata suspensão da Concorrência Pública SMCG nº 03/2024. Ao final, requer o acolhimento da impugnação, com a consequente retificação dos itens editalícios questionados.

3 – ANÁLISE

3.1 – Permissão de participação de licitante declarada inidônea

Como se observa das razões apresentadas pelo Sr. ANSELMO, a insurgência decorre da interpretação de que o item 9.2, subitem (i), do Edital de Edital de Concorrência Pública SMCG nº 03/2024 configuraria um suposto permissivo editalício para participação de empresas declaradas inidôneas pela Administração Pública Estadual ou Federal. Para melhor compreensão da impugnação, cabe transcrever o item editalício:

“9.2 – Não poderão participar desta LICITAÇÃO, direta ou indiretamente, isoladamente ou em CONSÓRCIO, pessoas jurídicas:

(i) **declaradas inidôneas para licitar ou contratar com a Administração Pública Municipal**” (grifou-se).

Sem prejuízo da argumentação empreendida pelo Sr. ANSELMO, a resolução da questão mostra-se simples: como bem pontuado pelo impugnante, “a sanção de declaração de inidoneidade não se restringe ao órgão que a aplicou”. **Desta forma, uma empresa declarada inidônea pela Administração Pública Estadual ou Federal não poderá contratar ou licitar com a Administração Pública Municipal, incorrendo na restrição imposta pela regra editalícia.**

Portanto, a correta interpretação da disposição questionada converge com o entendimento explicitado pelo Sr. ANSELMO no sentido de vedar a participação de empresas declaradas inidôneas, pelo que a impugnação é indeferida neste ponto, com a manutenção integral do texto.

3.2 – Restrições injustificadas na apresentação da garantia de proposta

O Sr. ANSELMO questiona as exigências estabelecidas pelo Edital de Concorrência Pública SMCG nº 03/2024 para a garantia de proposta na modalidade fiança bancária. Segundo o impugnante, as condições dispostas no item 13.4, alínea “d”, do instrumento convocatório seriam contrárias ao disposto no art. 96, § 1º, inciso III, da Lei Federal nº 14.133/2021, sendo, portanto, contrárias ao princípio da legalidade e aptas a restringir a participação de interessados.

Entretanto, como se sabe, a garantia de proposta visa mitigar o risco de ocorrência de condutas indesejadas dos participantes do certame, como a recusa em assinar o

contrato de concessão e/ou a não apresentação da documentação exigida, que implicará na execução da garantia, consoante disposto no art. 58, § 3º, da Lei Federal nº 14.133/2021:

“Art. 58. Poderá ser exigida, no momento da apresentação da proposta, a comprovação do recolhimento de quantia a título de garantia de proposta, como requisito de pré-habilitação. (...)

§ 3º **Implicará execução do valor integral da garantia de proposta a recusa em assinar o contrato ou a não apresentação dos documentos para a contratação**” (grifou-se).

Desta forma, com o intuito de resguardar o interesse público, a Administração Pública Municipal, dentro de sua esfera discricionária, estipulou condições aptas a garantir a qualificação mínima das emissoras de garantia. Essa medida se justifica ao considerar que, como assinalado pelo próprio Sr. ANSELMO, o valor estimado para os contratos decorrentes da Concorrência Pública SMCG nº 03/2024 ultrapassa a quantia de R\$ 500 milhões, demandando a adoção de todas as medidas possíveis para resguardar a Municipalidade.

Por fim, cabe destacar que exigências semelhantes, ou até mesmo idênticas, têm sido adotadas em inúmeros procedimentos licitatórios. É possível citar, exemplificativamente: (i) o Edital de Concessão nº 1/2024 deflagrado pela ANTT para concessão da BR-381/MG¹; (ii) o Edital de Concorrência nº 002/2024, deflagrado pelo Município de Recife para concessão dos serviços de gestão, operação e manutenção de parques urbanos²; e (iii) o Edital de Concessão 01/2024 deflagrado pelo Município de Teixeira de Freitas para concessão administrativa para prestação dos serviços de iluminação pública³. Como se observa, a prática encontra-se consolidada nas concorrências envolvendo concessões realizadas para os mais variados objetos.

¹ “A apresentação de garantia na forma de Carta Fiança Bancária deverá seguir as seguintes instruções: (...) A fiadora deverá ser instituição financeira classificada em, no mínimo, uma das agências de classificação de risco Fitch Ratings, Moody’s ou Standard & Poors”.

² “12.12. A GARANTIA DE PROPOSTA deverá ser apresentada em uma das seguintes modalidades (...)

d) Fiança bancária, fornecida por instituição financeira nacional ou estrangeira, autorizada a funcionar no Brasil, com classificação de força financeira em escala nacional superior ou igual a "Aa2.br", "brAA" ou "A(bra)", conforme divulgado, respectivamente, pelas agências de risco Moody's, Standard & Poor's ou Fitch, em favor do PODER CONCEDENTE, devendo ser apresentada em sua forma original”.

³ “14.7.1. Em caso de fiança bancária, a GARANTIA DA PROPOSTA deverá ser emitida por instituições financeiras que atendam as seguintes condições: (...)

Logo, à luz das razões apresentadas acima, a Comissão de Contratação indefere a impugnação apresentada neste ponto, mantendo a disposição editalícia questionada (item 13.4, alínea “d”)

3.3 – Contradição em relação à possibilidade ou não de participação de empresas em recuperação judicial

As razões apresentadas pelo Sr. ANSELMO explicitam uma suposta contradição entre os termos do subitem 9.2, (x) e do subitem 15.1, subalínea (B.3), ambas do Edital. Em sua concepção, existiria dúvida razoável acerca da possibilidade de participação de empresas em recuperação judicial que tiverem seu plano de recuperação acolhido ou homologado.

Entretanto, o Sr. ANSELMO aparenta ignorar a interpretação sistemática dos dispositivos: uma empresa que apresente certidão de distribuidor em que conste anotação de recuperação judicial ou extrajudicial poderá participar da Concorrência Pública SMCG nº 03/2024, desde que comprove que seu plano de recuperação foi acolhido ou homologado. Nesse sentido, cumpre esclarecer que, na forma do voto condutor proferido pelo Ministro Francisco Falcão, relator do Recurso Especial nº 1.826.299/CE, a exigência de certidão negativa de recuperação judicial pode ser relativizada, desde que demonstrada a viabilidade econômica da empresa:

“De fato, o acórdão recorrido não destoa da jurisprudência desta Corte de que 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 licitatório, desde que demonstre, na fase de habilitação, a sua viabilidade econômica” (grifou-se).

Mesmo diante do advento da Lei Federal nº 14.133/2021, a participação de empresa em recuperação judicial/extrajudicial pressupõe a avaliação da aptidão do interessado em executar o contrato⁴. Desta forma, sem prejuízo das demais exigências relativas à qualificação econômico-financeira, a Administração Pública Municipal estabeleceu a necessidade de que as empresas em regime de recuperação judicial/extrajudicial

ii. estejam classificadas entre o primeiro e o segundo piso, ou seja, entre ‘A’ e ‘B’, na escala de rating de longo prazo de ao menos uma das agências de classificação de risco, Fitch Ratings, Moody’s ou Standard & Poors”.

⁴ Vide item 5.5.4 (“Habilitação Econômico-Financeira”) do Manual de Licitações e Contratos do TCU. Disponível em: <https://licitacoescontratos.tcu.gov.br/5-5-4-habilitacao-economico-financeira/>.

comprovem o acolhimento ou a homologação de seu respectivo plano para fins de participação. Confira-se:

“9.2. Não poderão participar desta LICITAÇÃO, direta ou indiretamente, isoladamente ou em CONSÓRCIO, pessoas jurídicas: (...) (x) que, estando em regime de recuperação judicial (judicial e extrajudicial), não tiverem o plano de recuperação acolhido ou homologado, ou ainda que existam recursos pendentes.”.

Trata-se de exigência que observa os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, na medida em que eventual rejeição do plano importará na conversão da recuperação em falência, representando elevado prejuízo em desfavor da coletividade e do interesse público. Este ponto foi devidamente considerado pelo TRF-1 em processo judicial recente para concessão de efeito suspensivo em favor da União Federal:

“Nesse contexto, a previsão editalícia no sentido de que o licitante em recuperação judicial ou extrajudicial deverá apresentar a comprovação de que o respectivo plano de recuperação foi acolhido judicialmente não se revela despropositada. Ao revés, confere maior segurança jurídica, em especial no que diz respeito à regularidade e idoneidade do procedimento legal, bem como resguarda a isonomia inerente aos certames públicos, na medida em que a empresa sujeita à recuperação não pode ser dispensada da apresentação de certidão de regularidade fiscal com base em plano de recuperação que sequer passou pelo crivo judicial.

Não se pode olvidar, ainda, que a rejeição judicial do plano de recuperação proposto pelo devedor ou pelos credores tem o condão de ensejar a conversão da recuperação em falência, situação prejudicial não só aos credores em geral, mas em especial ao serviço público. Confira-se:

[omissis]

Desse modo, conforme bem delineado na decisão do recurso administrativo, não há, na espécie, impedimento de participação de empresas em recuperação judicial. Houve, na verdade, tão somente o cumprimento das regras editalícias e do disposto na legislação de regência, de modo a aferir a viabilidade econômico-financeira da sociedade licitante” (TRF-1, Agravo de Instrumento nº 1023637-89.2023.4.01.0000, Rel. Des. Fed. Rafael Paulo, Decisão Monocrática proferida em 27.06.2023, grifou-se).

Portanto, a Comissão de Contratação indefere a impugnação neste ponto, na medida em que a participação de empresas em recuperação judicial/extrajudicial é assegurada pelos termos do edital, estando em perfeita consonância com a Lei Federal nº 14.133/2021 e com o posicionamento jurisprudencial.

3.4 – Irregularidade das Exigências Relacionadas à Habilitação Fiscal

Por fim, o Sr. ANSELMO se insurge contra a exigência de certidão negativa ou positiva com efeitos de negativa de IPTU prevista no item 15.7, subalíneas (C.3) e (C.3.c.1), afirmando que esta seria contrária ao disposto no art. 68, inciso II, da Lei Federal nº 14.133/2021, posto que a atividade a ser desempenhada não guardaria relação com a cobrança de IPTU, mas, tão somente, de ISS.

Sem prejuízo das considerações tecidas pelo impugnante, observa-se que a disposição impugnada se refere ao cumprimento do disposto no art. 68, inciso III, da Lei Federal nº 14.133/2021, isto é, a comprovação de regularidade fiscal perante a Fazenda Municipal, Estadual e Federal:

“Art. 68. As habilitações fiscal, social e trabalhista serão aferidas mediante a verificação dos seguintes requisitos: (...)
III - **a regularidade perante a Fazenda federal, estadual e/ou municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei**” (grifou-se).

O tema foi objeto de manifestação pelo Superior Tribunal de Justiça – em caso envolvendo o próprio Município do Rio de Janeiro –, onde foi reconhecida a legalidade da exigência editalícia por restar fundamentada em expressa previsão normativa:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. **LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA DE REGULARIDADE FISCAL DA FILIAL DA EMPRESA PERANTE A FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL. SUPOSTA OFENSA AO ART. 29, III, DA LEI 8.666/93. NÃO-OCORRÊNCIA.** DOCTRINA. PRECEDENTE. DESPROVIMENTO. 1. A recorrente impetrou mandado de segurança contra ato do Diretor da Divisão de Preparo de Licitações da Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro/RJ, pleiteando, em síntese, afastar exigência prevista no edital de licitação – Concorrência Pública 01/2002, destinada à aquisição de cimento asfáltico de petróleo – **concernente à regularidade fiscal imobiliária da filial perante a municipalidade, sob o argumento de que a Lei 8.666/93 somente exige a respectiva certidão do domicílio ou sede da empresa.** 2. **A exigência editalícia relativa à comprovação de regularidade fiscal da filial perante a Fazenda Pública Municipal responsável pela licitação, independentemente da situação fiscal da matriz situada em município diverso, é razoável e encontra respaldo na interpretação teleológica do art. 29, III, da Lei 8.666/93.** 3. ‘Constatado que a filial da empresa ora interessada é que cumprirá o objeto do certame licitatório, é de se exigir a

comprovação de sua regularidade fiscal, não bastando somente a da matriz, o que inviabiliza sua contratação pelo Estado. Entendimento do artigo 29, incisos II e III, da Lei de Licitações, uma vez que a questão nele disposta é de natureza fiscal' (REsp 900.604/RN, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 16.4.2007). 4. **Isentar a recorrente de comprovar sua regularidade fiscal perante o município que promove a licitação viola o princípio da isonomia (Lei 8.666/93, art. 3º), pois estar-se-ia privilegiando os licitantes irregulares em detrimento dos concorrentes regulares.** 5. Recurso especial desprovido. (STJ, REsp n. 809.262/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, j. 23.10.2007, DJ 19.11.2007, grifou-se).

Levando-se em consideração que a previsão mencionada no julgado (art. 29, inciso III, da Lei Federal nº 8.666/1993) foi integralmente reproduzida na Lei Federal nº 14.133/2021 (art. 68, inciso III), entende-se que as conclusões do julgado acerca da legalidade da previsão editalícia permanece hígida.

Portanto, a Comissão de Contratação indefere a impugnação neste ponto, mantendo a redação dos dispositivos questionados.

4 – DECISÃO

Assim, a Comissão de Contratação **conhece a impugnação**, por tempestiva, para, no mérito, **negar provimento**, nos exatos termos das razões acima expostas, mantendo-se as disposições do Edital de Concorrência Pública SMCG nº 03/2024.

COMISSÃO DE CONTRATAÇÃO