Sinimbu, RS, 05 de janeiro de 2017.

MEMO/PROCURADORIA: 03/2017
De: Procuradoria Jurídica do Município
Para: Setor de Licitações- Sr. Adilson Hirsch

Sr. Adilson

Venho pelo presente memorando informar que, conforme o acórdão em anexo, relativo ao processo nº 70071319867 (processo de origem – Mandado de Segurança nº 026/1.16.0000411-7 em que são partes Ede Jamir dos Santos – Me –impetrante x Prefeito Municipal de Sinimbu e Cone Sul Soluções Ambientais Ltda – impetrados), a sentença de primeira instância foi parcialmente desconstituída para o fim de incluir a Cone Sul Soluções Ambientais Ltda no polo passivo da demanda. Outrossim, a concessão da segurança foi mantida para o fim de determinar a anulação do ato que inabilitou a impetrante EDE JAMIR DOS SANTOS- ME para participar da licitação modalidade Concorrência nº 003/2015, junto ao Município de Sinimbu.

Cumpre ainda referir que o julgamento do feito ocorreu em 15/12/2016 pela Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, sendo que o acórdão ainda não foi publicado. Assim, frise-se que, não tendo ainda ocorrido o trânsito em julgado, a decisão pode vir a ser modificada em sede recursal.

Atenciosamente,

Gabriela Henn
Gabriela Regina Henn
Procuradora do Município
OAB/RS 102.982

Recebi em: 10/01/2017
Adilson Hirsch

PODER JUDICIÁRIO
RS

MB
Nº 70071319867 (Nº CNJ: 0342180-89.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO PÚBLICO. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. BALANÇO PATRIMONIAL E DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS. NOTAS EXPLICATIVAS. VINCULAÇÃO AO EDITAL. PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE.

- Nula a parte da sentença que retira do polo passivo a litisconsorte CONE SUL SOLUÇÕES AMBIENTAIS LTDA., porquanto, na condição de licitante vencedora do certame questionado, deve constar necessariamente do polo passivo para sofrer os efeitos de eventual condenação. Desconstituição parcial em reexame necessário.

- Preliminar de inadequação da via eleita, por necessidade de perícia, afastada. Questionamentos que recaem sobre o balanço patrimonial primeiramente apresentado, não sobre aquele que, corrigido conforme faculdade permitida pela Comissão da Licitação, motivou a desclassificação da impetrante.

- O § 3º do art. 43 da Lei 8.666/93 veda apenas a juntada de novos documentos caso estes sejam de apresentação obrigatória na proposta original. Não é o caso dos autos, pois ausente no edital da concorrência a exigência de apresentação das notas explicativas, as quais não são parte indissociável das demonstrações contábeis.

- Ainda que a própria agravada tenha admitido inconsistências em seu balanço patrimonial, após a juntada de documentos, em diligência permitida pelo art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, evidencia-se que não houve alteração da capacidade econômica da agravada: antes e após, os índices exigidos para demonstração de situação econômica satisfatória estão preenchidos. E as notas explicativas foram, após requeridas, juntadas.

SENTENÇA PARCIALMENTE DESCONSTITUÍDA EM REEXAME NECESSÁRIO; APELOS DESPROVIDOS.

APELAÇÃO REMESSA NECESSÁRIA — VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

Nº 70071319867 (Nº CNJ: 0342180-89.2016.8.21.7000) — COMARCA DE SANTA CRUZ DO SUL

PODER JUDICIÁRIO
RS

MB
Nº 70071319867 (Nº CNJ: 0342180-89.2016.8.21.7000)
2016/CÍVEL

JUIZ(A) DE DIREITO	APRESENTANTE
CONE SUL SOLUCOES AMBIENTAIS LTDA	APELANTE
PREFEITO MUNICIPAL DE SINIMBU	APELANTE
EDE JAMIR DOS SANTOS - ME	APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em desconstituir parcialmente a sentença, em reexame necessário, e em desprover os apelos.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores **DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH (PRESIDENTE) E DES. JOSÉ AQUINO FLÔRES DE CAMARGO**.

Porto Alegre, 15 de dezembro de 2016.

DES.ª MARILENE BONZANINI,
Relatora.

RELATÓRIO

DES.ª MARILENE BONZANINI (RELATORA)

Cuida-se de reexame necessário e de apelações interpostas por CONE SUL SOLUÇÕES AMBIENTAIS LTDA. e pelo PREFEITO MUNICIPAL

DE SINIMBU, nos autos de mandado de segurança impetrado por EDE JAMIR DOS SANTOS – ME, em face de sentença proferida com o seguinte dispositivo:

> *(...)*
> *Posto isso:*
> *a) reconheço, de ofício, a ilegitimidade passiva de CONESUL SOLUÇÕES AMBIENTAIS LTDA., e, por consequência, julgo extinto, quanto a ela, o feito, sem resolução de mérito, amparado no permissivo legal do artigo 485, § 3º, CPC;*
> *b) confirmo a liminar das fls. 117/118 e CONCEDO a segurança pleiteada, em face da demonstração de prática de ato ilícito, nos termos da fundamentação, para o fim de determinar a anulação do ato que inabilitou a impetrante para participar da licitação modalidade Concorrência n.º 003/2015, junto ao Município de Sinimbu.*
> *Sem honorários, face às Súmulas 512 do STF e 105 do STJ, e art. 25 da Lei 12.016/2009.*
> *Custas pela metade, fulcro no artigo 11, da Lei n. 8.121/85, a serem suportadas pelo Município de Sinimbu, eis que o impetrado atua em nome do ente público, não cabendo responder pessoalmente pela sucumbência.*
> *Nos termos do art. 14, § 1º, da Lei 12.016/2009, determino o envio dos autos ao egrégio Tribunal de Justiça para a remessa necessária, após esgotados os prazos para recursos voluntários.*
> *Publique-se. Registre-se. Intimem-se, inclusive o Município e o Ministério Público.*

Em suas razões, a CONE SUL alegou inequívoco interesse jurídico, pois a decisão proferida interfere na sua esfera jurídica, já que adjudicara o objeto da licitação. Questionou o manejo de mandado de segurança, asseverando o descabimento da via eleita pela parte por demandar dilação probatória a solução da causa – o que reconheceu o Ministério Público na instância originária. Defendeu, por isso, nulidade da sentença, ausente análise da necessidade de produção de prova pericial. Disse terem sido omitidos contratos e valores recebidos por eles. Asseverou ser descabida a complementação de documentos, tratando-se de documentação nova a trazida pela recorrida. Destacou irregularidades no balanço patrimonial da impetrante. Argumentou da regularidade do

parecer do IGAM. Referiu que a microempresa deve respeitar o ITG 1000 (modelo contábil para ME e EPP), exigindo-se que as notas explicativas e demais demonstrações integrem o conjunto de demonstrações contábeis. Ressaltou outros casos administrativos em que reconhecida a exigibilidade de notas explicativas. Salientou a impossibilidade de apresentação de documentos novos e a existência de irregularidades no balanço contábil da apelada. Dissertou sobre a vinculação ao instrumento convocatório. Pediu provimento pela denegação da ordem.

O Prefeito Municipal, por sua vez, recorreu defendendo o descabimento da via eleita pela impetrante, por inexistir direito líquido e certo a ampará-la, já que legal a atuação da municipalidade. Afirmou que deve ser respeitado o ato convocatório, o qual exigia demonstrações contábeis da recorrida. Informou terem sido observados erros crassos no balanço contábil da licitante, a qual não apresentou corretamente a documentação solicitada. Disse que as notas explicativas são inerentes às demonstrações contábeis. Aduziu não ter se dado a desclassificação da impetrante apenas pela ausência de notas explicativas, mas também e principalmente em virtude de balanço patrimonial e demonstrações contábeis com dados diversos da realidade, inviabilizando a avaliação econômico-financeira da proponente. Sustentou a impossibilidade de condenação da Fazenda Pública ao pagamento de custas processuais, ainda que por metade. Pleiteou o provimento do recurso, com a denegação da segurança, ou o afastamento da condenação ao pagamento das custas pela metade.

Ofertadas contrarrazões pela impetrante.

Já nesta instância, opinou a Procuradora de Justiça Dra. Heid Ourique Campos pelo conhecimento e desprovimento dos recursos, assim como pela reforma da sentença, em reexame necessário, no que diz respeito à ilegitimidade passiva da CONE SUL.

Intimada a recorrente CONE SUL a se manifestar sobre a potencial nulidade suscitada pelo Ministério Público, tendo a parte reiterado os termos da apelação.

É o relatório.

VOTOS

DES.ª MARILENE BONZANINI (RELATORA)

Eminentes Colegas.

Primeiramente, destaco ser nula a parte da sentença que retira do polo passivo a litisconsorte CONE SUL SOLUÇÕES AMBIENTAIS LTDA., porquanto, na condição de licitante vencedora do certame questionado, deve constar necessariamente do polo passivo para sofrer os efeitos de eventual condenação.

Na medida em que essa condição foi reconhecida pela própria CONE SUL, dispensa maiores digressões, merecendo parcial desconstituição a sentença quanto à ilegitimidade passiva reconhecida *ex officio*.

Em questões preliminares, alega a CONE SUL a inadequação da via eleita, a seguir analisada, e o PREFEITO MUNICIPAL DE SINIMBU a inadequação por ausência de direito líquido e certo, que se confunde com o mérito e é objeto de exame conjunto.

Pois bem, passando ao mérito da contenda, destaco que, em análise de agravo de instrumento interposto contra decisão que deferiu a medida liminar pleiteada pela impetrante, proferi o seguinte voto, acolhido à unanimidade pelo Colegiado:

> *(...)*
> *Eminentes Colegas!*
> *Deixo de acolher a preliminar de não conhecimento, suscitada no parecer da d. Procuradora de Justiça Dra. Heid Ourique Campos, porque mesmo não debatida na origem, a matéria atinente à inadequação da via eleita diz respeito aos pressupostos processuais e, por conseguinte, é de ordem pública.*

Por outro lado, também não acolho a preliminar de inadequação da via eleita, arguida pela agravante, pois suscitada em caráter genérico e sem demonstração efetiva da necessidade de realização de perícia para o deslinde do caso trazido a juízo.

Passando à análise do mérito, tenho que não merece guarida a pretensão recursal.

O Município de Sinimbu lançou edital de licitação objetivando a contratação de empresa para prestação de serviços de coleta de lixo residencial e comercial, transporte e destinação final dos resíduos sólidos urbanos e rurais (fls. 20/32 do apenso).

Para qualificação econômico-financeira, exigiu (item 3.5 do edital):

> *(...)*
>
> *a) Cópia extraída do Livro Diário, registrado, ou de publicação oficial, do* ***balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício exigível com cópia de folhas de abertura e encerramento****, assinado por profissional-técnico legalmente habilitado, e que demonstre a boa situação financeira do licitante, sendo vedada a sua substituição por balancetes ou qualquer balanço(s) provisório(s0.*
>
> *a1) A situação financeira da empresa será aferida, observando-se o resultado obtido da aplicação dos índices econômicos financeiros, extraídos do balanço patrimonial enunciado, calculados com duas casas decimais, esta deverá ser apresentada com memorial de cálculo dos índices descritos abaixo, assinada pelo profissional técnico responsável.*
>
> *(...)*
>
> *a2) é vedada a substituição do balanço patrimonial por balancete ou balanço provisório.*
>
> *a3) licitantes que utilizam a escrituração contábil digital – ECD e que aguardam a autenticação do balanço patrimonial pela Junta Comercial poderão apresentar, em substituição ao registro, o protocolo de envio, no Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, do balanço à Receita Federal do Brasil.*
>
> *b) certidão negativa de falência ou recuperação judicial expedida pelo distribuidor da sede da*

> *pessoa jurídica, em prazo não superior a 90 (noventa) dias da data designada para a apresentação do documento.*
>
> *(....) – grifou-se.*

Como se observa, o edital exigia cópia do balanço patrimonial e demonstrações contábeis.

No entanto, a licitante Ede Jamir dos Santos – ME restou desclassificada por não apresentar notas explicativas, as quais, segundo parecer do Instituto Gamma de Assessoria a Órgãos Públicos – IGAM (fls. 112/113), seriam peças obrigatórias das demonstrações contábeis.

A assertiva, contudo, não se confirma.

No Acórdão 1544/2008, da Primeira Câmara, o Tribunal de Contas da União consignou o seguinte:

> *(...)*
>
> *26. A situação a analisar passa pelo fato de que fazem parte das demonstrações financeiras, efetivamente, as notas explicativas. Ocorre que, conceitualmente, ao teor da Resolução CFC citada, essas notas serão emitidas quando houver informações relevantes, complementares e/ou suplementares àquelas não suficientemente evidenciadas ou não constantes nas demonstrações contábeis propriamente ditas, o que confere um caráter de não obrigatoriedade de sua emissão.*
>
> ***27. A regra, pelo conjunto de situações que ensejam a elaboração de notas explicativas, é de que elas acompanhem as demonstrações financeiras. Entretanto, não se pode falar de obrigatoriedade, sendo possível a existência de exceção, fato confirmado junto à Fiscalização do CRC/RS, sobretudo quando se trata de empresas de menor porte.***
>
> *28. Não havendo fatos relevantes que tenham ocorrido no exercício ou que venham a ocorrer futuramente de forma a alterar significativamente as situações patrimonial, econômica, financeira, legal, física ou social, bem assim a utilização de critérios na elaboração das demonstrações que possam induzir a erros de interpretação, torna-se dispensável sua edição.*

29. Assim dispõe a publicação "Demonstrações Contábeis - Aspectos Práticos e Conceitos Técnicos", editada, em maio/2007, pelo Conselho Regional de Contabilidade/RS (www.crcr-rs.org.br), no capítulo "Apresentação e Divulgação das Demonstrações Contábeis":

> *"...*
> *Em geral, uma apresentação adequada exige divulgações adicionais suficientes para permitir que os usuários entendam o impacto de transações ou eventos específicos sobre a posição patrimonial e financeira, o resultado das operações e os fluxos de caixa (ou origens e aplicações de recursos) da entidade, considerando sua essência econômica. (grifo nosso)*
> *A divulgação das práticas contábeis usadas e as informações incluídas em notas explicativas não devem ser utilizadas para retificar - como de fato não retificam - a aplicação de práticas contábeis inadequadas."*

30. Não há nos autos comprovação de que tenham sido emitidas notas explicativas por parte da empresa CLINSUL, a emissão não foi objeto de questionamento e apurar isso, no momento, em face do quase esgotamento do contrato, se já não ocorrido, seria improfícuo. Ademais, os responsáveis alegam em suas defesas que as situações financeira, econômica e patrimonial da empresa vencedora foram dimensionadas a partir das demonstrações apresentadas mediante verificação dos índices de liquidez corrente e geral e de solvência geral.

31. De fato, a exigência da Lei Geral de Licitações é de apresentação de balanço patrimonial e demais demonstrações contábeis (DRE, por ex.). Se, de fato, essas foram consideradas suficientes pela comissão de licitação para garantir, sob esse ponto de vista, estar a licitante apta a cumprir o contrato, ***a***

> ***questão pode ser tratada sob o prisma da necessidade de se determinar a inclusão de cláusula de obrigatoriedade de apresentação das notas, quando emitidas, pois essas podem conter informações capazes de alterar as situações econômica, financeira ou patrimonial das empresas***.
> *(...) – grifou-se.*

Em conseqüência, deliberou a 1ª Câmara da Corte Administrativa, por unanimidade, em determinar ao SESC/RS que fizesse constar nos editais "a exigência de notas explicativas às demonstrações financeiras, no caso em que essas tenham sido emitidas, de modo a permitir o conhecimento o conhecimento de informações relevantes capazes de alterar as situações econômica, financeira ou patrimonial das empresas participantes dos procedimentos licitatórios", nos termos do voto do Relator.

Nesse contexto, o próprio TCU, ao revés do que assevera a agravante, condicionou a exigência de notas explicativas à previsão editalícia.

No mesmo norte, precedente da Câmara:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. NOTAS EXPLICATIVAS NO BALANÇO PATRIMONIAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO EDITAL.* ***Não havendo qualquer referência no edital de licitação quanto à obrigatoriedade de apresentação do balanço patrimonial com notas explicativas, desnecessária sua apresentação. As notas explicativas somente seriam exigíveis caso a Comissão Licitante delas necessitasse para esclarecimento sobre a situação patrimonial da licitante, conforme se depreende da leitura do art. 176, caput, inciso I e § 4º, da Lei 6404/76, situação inocorrente no caso****. Sendo a empresa licitante Prosul sociedade limitada, regula-se pelos arts. 1.052 a 1.070, do Código Civil, bem como pelo Decreto nº 3.708/19, aplicando-se subsidiariamente as disposições da Lei nº 6.404/76, conforme dispõe o art. 18 do referido Decreto. Precedente TJRGS. Agravo de*

> *instrumento desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 70019223437, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 31/05/2007)* – grifou-se.

No caso em apreço, a licitante foi inicialmente admitida no certame (fl. 43 do apenso), com base em avaliação realizada pela Contadora Dra. Daniela Pegoraro, a serviço da Comissão de Licitação (fl. 42).

Ao depois, impugnada a classificação, sobreveio o parecer do IGAM (fls. 112/113) e a desclassificação (fls. 107/111).

Ainda que a própria agravada tenha admitido inconsistências em seu balanço patrimonial, após a juntada de documentos, em diligência permitida pelo art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, evidencia-se que não houve alteração da capacidade econômica da agravada: antes (fl. 42) e após (fl. 106), os índices exigidos para demonstração de situação econômica satisfatória estão preenchidos. E as notas explicativas foram, após requeridas, juntadas (fl. 105).

Cabe esclarecer que o § 3º do art. 43 da Lei 8.666/93 veda apenas a juntada de novos documentos caso estes sejam de apresentação obrigatória na proposta original, in verbis:

> *Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:*
>
> *(...)*
>
> *§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.*
>
> *(...)*

Como visto, não é o caso dos autos, pois ausente no edital da concorrência a exigência de apresentação das notas explicativas, as quais não são parte indissociável das demonstrações contábeis.

O que não pode é a Administração Pública, em desatenção ao art. 41 da Lei 8.666, que a vincula estritamente aos termos do edital, eliminar a licitante pelo descumprimento de requisito não exigido.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

Formado o contraditório pleno na origem, tenho que não se sustentam os recursos, pelas razões já declinadas naquela oportunidade em relação ao mérito da demanda, as quais ora adoto.

Com efeito, a vencedora CONE SUL SOLUÇÕES AMBIENTAIS LTDA. questionou em recurso administrativo a habilitação da impetrante, trazendo longo arrazoado de potenciais irregularidades no balanço patrimonial apresentado pela apelada (fls. 44/63).

Entretanto, a Comissão de Licitação permitiu fosse realizada diligência a respeito, trazendo a licitante os dados retificados. Contra esses novos dados, não há impugnação específica, mas tão somente contra aqueles primeiros, trazendo a recorrente a reiteração dos argumentos constantes no recurso administrativo interposto contra a documentação originalmente constante nos autos administrativos (fls. 446/63).

Nesse contexto, merece ser concedida a ordem, pois prescindível prova pericial para apurar irregularidades no primeiro balanço patrimonial apresentado, já que não mais discutível aquele e não apontadas irregularidades no último, juntado com anuência da Comissão de Licitação (destacando-se que esse ato, que permitiu a complementação, não é objeto do *writ*).

Não há que se falar, assim, em inadequação da via eleita para a discussão.

Quanto às custas, são aplicáveis as regras da Lei Estadual n.º 8.121/85, em sua redação original, tendo em vista o efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual n.º 13.471/2010 na ADI n.º 70038755864 (despesas) e no II n.º 70041334053 (custas e emolumentos), em ambos os casos por vício de iniciativa.

Desta forma, o Município deve efetuar o pagamento de metade das custas processuais a seu cargo, forte no art. 11, *caput*, da Lei

Estadual n.º 8.121/85, devendo também arcar com despesas judiciais, inclusive as de condução dos Oficiais de Justiça, porque não contemplados pela dispensa do art. 29, § 1º, da Lei Estadual n.º 7.305/79.

De toda sorte, devem ser repartidas igualmente as custas entre os litisconsortes passivos, ficando o Município responsável por 50% da parcela que lhe incumbe, já que detém isenção da outra metade.

Pelo dito, desconstituo parcialmente a sentença, em reexame necessário, na parte em que reconheceu ilegitimidade passiva da litisconsorte, e nego provimento ao recurso, para manter a concessão da segurança, nos termos da fundamentação.

É o voto.

DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH (PRESIDENTE) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. JOSÉ AQUINO FLÔRES DE CAMARGO - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH - Presidente - Apelação Remessa Necessária nº 70071319867, Comarca de Santa Cruz do Sul: "DESCONSTITUÍRAM PARCIALMENTE A SENTENÇA, EM REEXAME NECESSÁRIO, E NEGARAM PROVIMENTO AOS APELOS. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: ANDRE LUIS DE MORAES PINTO