Segue Sentença:

COMARCA DE SANTA CRUZ DO SUL
2ª VARA CÍVEL
Rua Ernesto Alves, 945

Processo nº:	026/1.16.0000411-7 (CNJ:.0000938-96.2016.8.21.0026)
Natureza:	Mandado de Segurança
Impetrante:	Ede Jamir dos Santos - ME
Impetrado:	Prefeito Municipal de Sinimbu Cone Sul Soluções Ambientais Ltda
Juiz Prolator:	Juiz de Direito - Dr. Andre Luis de Moraes Pinto
Data:	24/06/2016

Vistos...

Trata-se de mandado de segurança impetrado por EDE JAMIR DOS SANTOS - ME contra ato do PREFEITO MUNICIPAL DE SINIMBU E CONE SUL SOLUÇÕES AMBIENTAIS LTDA. Alega o impetrante que participou de licitação, modalidade concorrência, n.º 003/2015, junto ao Município de Sinimbu, tendo sido habilitada na data de 13/07/2015. Entretanto, em 20/07/2015 a impetrada Conesul ingressou com recurso administrativo contra a habilitação da impetrante, em razão de inconsistências nos balanços patrimoniais, tendo sido suspenso o certame em 14/08/2015. Narra que, após solicitação, enviou os documentos contábeis exigidos à Administração, quando então foi emitido parecer no sentido de inabilitar a impetrante. Entende que sua inabilitação é equivocada, pois no edital não eram exigidas notas explicativas dos balanços patrimoniais. Pede, assim, a vinculação da Administração Pública ao edital de licitação, bem como seja determinada a sua participação no certame, com a abertura dos envelopes contendo sua proposta e, ao final, a anulação do ato que a inabilitou, a fim de permitir sua participação até conclusão do processo. Foram juntados documentos, fls. 12/116.

A liminar foi deferida pela decisão das fls. 117/118.

Foram prestadas as informações pela autoridade coatora, fls. 135/143, e pela empresa Cone Sul, fls. 145/179.

O Ministério Público ofertou parecer nas fls. 180/182, opinando pelo afastamento da preliminar arguida e pela denegação da segurança.

A impetrada Cone Sul interpôs Agravo de Instrumento, fls. 183/197, ao qual foi negado provimento, fls. 203/212.

Vieram conclusos os autos.

É o relatório, em resumo.

DECIDO.

A causa está madura para julgamento, não se fazendo necessário o esgarçamento probatório, porquanto o lote já reunido é suficiente para iluminar o caminho – sem que signifique a qualquer dos intervenientes alguma espécie de cerceamento.

Inicialmente, não há como passar despercebido pelo Juízo a ilegitimidade passiva da empresa Cone Sul Soluções Ambientais Ltda., pessoa jurídica de direito privado, para figurar como autoridade coatora no presente *mandamus*.

Embora o feito tenha prosseguido até este momento sem que nenhum dos intervenientes processuais alegasse tal preliminar, considerando que se trata de matéria de ordem pública, e com fulcro no artigo 487, § 3º, CPC, passo a examinar a questão.

Valho-me aqui das palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello, ao bem descrever o mandado de segurança:

[...] é a providência sumamente expedita adequada para proteger direito líquido e certo não amparável por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder seja autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições públicas.

A descrição de autoridade coatora extrai-se da interpretação do artigo 1º da Lei 12.016/2009, *in verbis:*

Art. 1o Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica **sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.**

§ 1o Equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais **no exercício de atribuições do poder público**, somente no que disser respeito a essas atribuições. [Grifei]

Ou seja, necessariamente, a autoridade considerada como coatora deverá exercer atribuições do poder público, o que, *data maxima venia,* não ocorre com a empresa Cone Sul Soluções Ambientais Ltda., cujos atos constitutivos se encontram juntados nas fls. 160/165, tratando-se sem qualquer dúvida de pessoa jurídica de direito privado, constituída sob a forma de sociedade limitada, e exploradora de atividade econômica que visa ao lucro.

Sequer há condições de incluí-la, ao menos no presente feito, como equiparada, pois dentro do objeto do processo não está a desempenhar prestação de serviço público, não figura como delegada de função pública, tampouco praticou atos munida de atribuições ou poderes oriundos da esfera pública.

Ainda que se admitisse a participação da referida empresa, seria inviável mantê-la no polo passivo, pois necessário seria apontar a pessoa física praticante do ato contra a qual o impetrante se insurge, o que, de qualquer modo, não foi feito.

Nesse sentido, registro entendimento do Tribunal de Justiça gaúcho:

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DE EMPRESA PRIVADA. ILEGITIMIDADE PASSIVA RECONHECIDA. O Mandado de Segurança é um Remédio Constitucional que visa resguardar direito líquido e certo negado ou ameaçado por autoridade pública no exercício de atribuição do poder público. Lição do artigo 5º, LXIX, da CF/88 e artigo 1º da Lei nº 12.016/09. Requisitos não verificados na espécie, vez que a empresa privada exploradora de guincho é mera depositária do veículo.

APELAÇÃO NÃO CONHECIDA E, DE OFÍCIO, REFORMARAM A SENTENÇA E JULGARAM EXTINTO O FEITO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70050921725, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Julgado em 07/11/2012)

Desse modo, amparado no permissivo legal do artigo 485, § 3º, CPC, reconheço a ilegitimidade passiva de CONESUL SOLUÇÕES AMBIENTAIS LTDA., e, por consequência, julgo extinto, quanto a ela, o feito, sem resolução de mérito.

Quanto à preliminar concernente à inadequação da via eleita e/ou não cabimento do mandado de segurança, a análise efetuada quando do julgamento do Agravo de Instrumento 70068415173 bem enfrentou a questão, afastando-a, de modo que agrego tais razões à presente decisão, a fim de evitar tautologia:

[...] 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. [...]

No mérito, tenho que a pretensão do impetrante, nos termos em que deferida a liminar e examinado o pleito em Agravo de Instrumento pelo Tribunal de Justiça, merece triunfar, em que pese o bem lançado parecer do Ministério Público, em que opina seja denegada a segurança. Veja-se que a análise percuciente realizada no juízo *ad quem* bem equacionou a questão:

[...] 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 improficuo. 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 consequência, 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 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. [Grifei]

Entendo, desse modo, ter havido a prático de ato ilegal, pois, inexistente no edital o requisito que justificou a eliminação da impetrante do certame licitatório (notas explicativas dos balancetes contábeis), não só desvinculou-se a Administração Pública do instrumento convocatório, como também descumpriu o *caput* do artigo 41 da Lei 8.666/93.

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.

Santa Cruz do Sul, 24 de junho de 2016.

Andre Luis de Moraes Pinto
Juiz de Direito

In Curso de Direito Administrativo. Malheiros Editores: SP, 23ª ed., 2007, p. 922.
Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.