

Agravo de instrumento - Conversão para a forma retida - Inviabilidade - Mandado de segurança - Licitação - Regularidade fiscal - Participação independente - Plausibilidade do direito - Não comprovação - Impossibilidade

Ementa: Agravo de instrumento. Conversão para a forma retida. Inviabilidade. Mandado de segurança. Licitação. Participação independente da regularidade fiscal. Plausibilidade do direito não demonstrada. Liminar. Impossibilidade.

- Insurgindo-se o agravo contra decisão concessiva de liminar requerida *in initio litis*, deve ser admitido o seu processamento sob a forma de instrumento, por prestígio à efetividade do processo hoje preconizada, que não recomenda aguardar-se a apreciação de possível recurso de apelação, além de reclamar a matéria pronto julgamento, sob pena de inocuidade do seu exame quando da apreciação de eventual apelação.

- Não comprovada a plausibilidade do direito alegado, pela parte autora, quanto à ilegalidade ou excessividade da exigência de demonstração da regularidade fiscal no Edital da Licitação, não pode ser deferida a liminar pleiteada.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0024.09.654134-7/001 - Comarca de Belo Horizonte - Agravante: Município de Belo Horizonte - Agravado: Erkal Engenharia Ltda. - Autoridade Coatora: Secretário Municipal de Políticas Urbanas de Belo Horizonte, Presidente da Comissão Permanente de Licitação da SMURBE - Secretaria Municipal de Políticas Urbanas de Belo Horizonte - Relator: DES. ELIAS CAMILO

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incor-

porando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR A PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 14 de janeiro de 2010. - *Elias Camilo* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento, pelo agravado, o Dr. Guilherme Rodrigues Macedo.

DES. ELIAS CAMILO - Trata-se de agravo de instrumento contra a decisão de f. 115-116-TJ, que, nos autos do Mandado de Segurança originário avariado por Erkal Engenharia Ltda., ora agravada, concedeu a liminar pleiteada, para assegurar o direito

de participar da Licitação 110/2009 da Secretaria Municipal de Políticas Urbanas da Prefeitura de Belo Horizonte - SMURBE (Processo nº 01-103934-09-83), independentemente da apresentação de Certidão de Regularidade Fiscal, e, caso seja vencedora, seja-lhe garantido o direito à adjudicação do objeto licitado e à celebração e execução do respectivo Contrato Administrativo (sic, f. 44-TJ).

Em suas razões recursais de f. 02/13-TJ, sustenta o agravante, em apertada síntese, não ser possível a manutenção da decisão impugnada, uma vez que, *in casu*,

não se pode aceitar a alegação de observância de *periculum in mora* e *fumus boni iuris* da agravada e acatada pela decisão recorrida, [...] sem a observância e cumprimento pela agravada, em patente violação ao princípio constitucional da igualdade, ao disposto no item 1.4, letras c e e, do Edital 110/09/SMURBE (Das Condições para Habilitação); ao disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal; e às exigências legais previstas no art. 29, inciso IV, da Lei Federal 8.666/93 e ao art. 47, inciso I, letra a, da Lei Federal 8.212/91, em completa quebra da igualdade entre os licitantes/concorrentes que participaram ou deixaram de participar do processo licitatório, por não possuírem a exigência constitucional, legal e editalícia de regularidade fiscal para participar da licitação e contratar com a Administração Pública (sic, f. 07-TJ).

Tecendo comentários sobre os prejuízos que a manutenção da decisão vergastada pode causar à agravante e à sociedade, arremata pugando pela concessão de efeito suspensivo ao recurso e, ao final, pelo seu provimento.

Instrui o recurso com os documentos de f. 33/134-TJ.

Admitido o processamento do recurso sob a forma de instrumento, foi deferido o efeito suspensivo pleiteado, para determinar a excepcional suspensão dos efeitos da decisão vergastada até o julgamento do presente recurso, nos termos da decisão de f. 139/141-TJ.

Aviado pedido de reconsideração pela agravada (f. 146/149-TJ), foi este indeferido através da decisão de f. 150-TJ.

Requisitados informes, o il. Juízo de primeiro grau prestou as informações de f. 153-TJ, comunicando a manutenção da decisão hostilizada.

A agravada ofertou a contraminuta de f. 155/167-TJ, requerendo, preliminarmente, a conversão do presente agravo em retido (art. 527, inciso II, do CPC), ao argumento de que, não sendo a decisão vergastada suscetível de causar lesão grave ou de difícil reparação, impossível se torna o recebimento do presente recurso na forma de instrumento. No mérito, pugna pelo improvimento do recurso, com a manutenção da decisão vergastada.

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça (f. 170/174-TJ), opinando pelo provimento do recurso, com a cassação da liminar outrora deferida.

Da Preliminar de Conversão do Agravo em Retido.

Inicialmente, cuida da preliminar de conversão do agravo para a forma retida, por alegada ausência de perigo de dano grave, ou de difícil reparação, ao agravante.

Ocorre que, com a devida vênia da agravada, entendo que, como já explicitado quando da decisão de f. 139/141-TJ, deve o presente recurso ser recebido sob a forma de instrumento, por se tratar de insurgência a decisão deferitória de liminar requerida *in initio litis*, reclamando pronto exame, sob pena de inocuidade de sua apreciação quando de eventual recurso de apelação.

Destarte, renovando os argumentos despendidos quando da prolação da decisão de f. 139/141-TJ, rejeito a preliminar de conversão do agravo em retido.

Assim, presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso, porque próprio, tempestivamente aviado, devidamente processado, isento de preparo em razão da isenção legal conferida ao agravante.

No mérito, cinge-se a controvérsia recursal à averiguação da presença dos requisitos autorizadores da liminar deferida no mandado de segurança originário, que assegurou à agravada o direito de participar da Licitação 110/2009 da Secretaria Municipal de Políticas Urbanas da Prefeitura de Belo Horizonte - SMURBE (Processo nº 01-103934-09-83), independentemente da apresentação de Certidão de Regularidade Fiscal exigida no respectivo edital, garantindo-lhe, ainda, caso vencedora, o direito à adjudicação do objeto licitado e a celebração e execução do respectivo Contrato Administrativo.

Ab initio, cumpre ressaltar que, consoante disposição do art. 5º, inciso LXIX, da CF/88, o mandado de segurança visa proteger direito líquido e certo do impetrante, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas*

data, contra ato de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições públicas, eivado de ilegalidade ou abuso de poder.

Em se tratando de mandado de segurança, extrai-se do art. 7º, III, da Nova Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016/2009) que o provimento liminar se justifica em caso de relevância de fundamento e possibilidade de ineficácia da medida, se deferida apenas a final.

Com efeito, preceitua referido artigo:

Art. 7º. Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

[...]

III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

A respeito, ensina Hely Lopes Meirelles:

Para a concessão da liminar devem concorrer os dois requisitos legais, ou seja, a relevância dos motivos em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante se vier a ser reconhecido na decisão de mérito - *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. (MEIRELLES, Hely Lopes, *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*, 16. ed., Malheiros.)

A liminar no mandado de segurança consiste em um remédio jurídico para que o chamado direito líquido e certo, ameaçado ou lesado, consubstanciado na proteção desejada, não reste frustrado, quando da decisão final, pelo comprometimento ou mesmo extinção do direito, o que converteria a entrega da prestação jurisdicional material válida em decisão inócua e formalmente insubsistente, pela ineficácia da ordem decisória.

Destarte, tem-se que a ilegalidade do ato impugnado constitui pressuposto essencial para a concessão da segurança, mormente em sede de provimento liminar, havendo que se evidenciar, ainda, a relevância do pedido e o justo receio de irreparabilidade, com o objetivo de suspensão do ato que deu origem ao pedido.

No caso em comento, de uma detida análise do feito, tenho existirem na espécie elementos suficientes que justifiquem a modificação da decisão primeva que deferiu o provimento liminar à agravada. É que, como se vê do processado, *in casu*, o direito líquido e certo da recorrida não pode ser aferido de plano, nos moldes exigidos pela lei.

Verifica-se que a agravada impetrou mandado de segurança com pedido liminar visando à participação em licitação da Secretaria Municipal de Políticas Urbanas da Prefeitura de Belo Horizonte - SMURBE (Licitação nº 110/2009 - Processo nº 01-103934-09-83), independentemente da apresentação de Certidão de Regularidade Fiscal exigida no respectivo edital, bem

como, sendo sua vencedora, a adjudicação do objeto licitado e a celebração e execução do respectivo Contrato Administrativo.

Entretanto, de fato, pelos documentos vindos com o instrumento, especialmente o Edital da Licitação de f. 57/81-TJ, vê-se que realmente não se encontram presentes os requisitos mínimos para a concessão da liminar, haja vista a inexistência de prova inequívoca do direito invocado, nos termos do que preceitua o art. 195 da CF/88, merecendo, portanto, reforma a decisão vergastada.

Isso porque, com a devida vênia, neste exame perfunctório, verifica-se não ter a agravada logrado comprovar, pelo menos para fins de concessão da medida liminar pleiteada, a alegada ilegalidade ou excessividade da exigência prevista no item nº 1.4, letras c e e, do Edital de Licitação 110/09/SMURBE, atinente à regularidade fiscal da empresa concorrente.

É que, pelo menos em princípio, tratando-se a comprovação de regularidade fiscal das empresas licitantes de exigência prevista na Lei 8.666/93, caberia à ora agravada o ônus de comprovar a indevida e impertinente exigência, por não dizer respeito à garantia do próprio cumprimento do objeto da licitação, o que, nesta análise sumária, observa-se não ter sido demonstrado.

Nesse sentido, dispõe o art. 29 do referido diploma legal:

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em:

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

Sobre o assunto, José dos Santos Carvalho Filho ensina:

Habilitação é a fase do procedimento em que a Administração verifica a aptidão do candidato para a futura contratação. A inabilitação acarreta a exclusão do licitante da fase do julgamento das propostas, e, embora seja uma preliminar deste, vale como um elemento de aferição para o próprio contrato futuro, que é, de regra, aliás, o alvo final da licitação.

A Administração não pode fazer exigências indevidas e impertinentes para a habilitação do licitante. A própria Constituição, ao referir-se ao processo de licitação, indica que 'somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações' (art. 37, XXI). [...]

São cinco os aspectos que medem a habilitação do candidato:

- 1) habilitação jurídica;
- 2) qualificação técnica;
- 3) qualificação econômico-financeira;
- 4) regularidade fiscal; e
- 5) cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da CF (art. 27 do Estatuto), sendo que este último requisito foi acrescentado pela Lei nº 9.854, de 27.10.1999).

[...]

Por outro lado, temos a regularidade jurídico-fiscal do candidato, que é a prova de que o participante está quite com suas obrigações fiscais federais, estaduais e municipais. Deve, contudo, provar sua inscrição nos cadastros fazendários cabíveis e provar a regularidade relativa à seguridade social e ao fundo de garantia (art. 29, I a IV). No que se refere aos encargos devidos à Previdência Social, resultantes da execução do contrato, a Administração é solidariamente responsável com o contratado por eventuais débitos deste. Sendo assim, será necessário que, durante todo o curso do contrato, a Administração verifique se o contratado está recolhendo regularmente as contribuições previdenciárias. Trata-se, desse modo, de requisito para a regularidade jurídico-fiscal a ser aferido não antes do contrato, como os já referidos, mas no curso de sua execução (*in*, *Manual de direito administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 223-225).

Desta forma, não constatada na espécie, de plano, prova da relevância dos fundamentos invocados, aptos a autorizar a concessão da liminar pleiteada pela impetrante, *data venia*, tenho que não poderia ter sido esta deferida.

Com tais razões, rejeito a preliminar de conversão do agravo em retido e, no mérito, dou provimento ao recurso, para reformar a decisão agravada para indeferir a liminar pleiteada.

Custas recursais, pela agravada.

DES. SILAS VIEIRA - De acordo.

DES.ª ALBERGARIA COSTA - De acordo.

Súmula - REJEITARAM A PRELIMINAR E DERAM PROVIMENTO.