

EXAME PRÉVIO DE EDITAL
RELATOR CONSELHEIRO SIDNEY ESTANISLAU BERALDO
TRIBUNAL PLENO - SESSÃO DE 17-04-2019 – MUNICIPAL

=====
Processos: TC-007485.989.19-8
TC-007531.989.19-2
TC-007660.989.19-5

Representantes: Verocheque Refeições Ltda.
Luis Gustavo de Arruda Camargo
Sindplus Administradora de Cartões, Serviços e Cadastro e
Cobrança Ltda.

Representada: Prefeitura Municipal de Campo Limpo Paulista

Assunto: Exame prévio do edital do pregão presencial nº 09/2019, que tem por objeto a *“contratação de empresa especializada para prestação de serviços de administração, gerenciamento, emissão e fornecimento de documentos de legitimação, na forma de cartão eletrônico, com chip de segurança a serem recarregados mensalmente, para aquisição de gêneros alimentícios “in natura” em estabelecimentos comerciais de rede credenciada”*.

Responsável: Roberto Antonio Japim de Andrade (Prefeito)

Subscritor do edital: Durval Lopes Orlato (Secretário de Governo e Gestão)

Advogados cadastrados no e-TCESP: Paulo André Simões Poch (OAB/SP nº 181.402), Gustavo da Silva Dosualdo (OAB/SP nº 354.852)

=====

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. FORNECIMENTO DE CARTÃO ELETRÔNICO COM CHIP DE SEGURANÇA. EXIGÊNCIA DE ÍNDICE DE ENDIVIDAMENTO RESTRITIVO. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL. EXIGÊNCIA DE PROVA DE CAPITAL SOCIAL OU PATRIMÔNIO LÍQUIDO ATRELADO AO VALOR DA PROPOSTA DAS LICITANTES. AUSÊNCIA DE REGRAS NO EDITAL SOBRE SANÇÕES POR ATRASO NO PAGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE

**IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA POR MEIO ELETRÔNICO.
PROCEDÊNCIA PARCIAL.**

1. A fixação dos índices econômico-financeiros, notadamente em relação ao grau de endividamento, deve guardar pertinência com o ramo de atividade da empresa licitante, a fim de aferir sua boa situação financeira e verificar se é suficiente para o cumprimento das obrigações decorrentes da licitação, em conformidade ao disposto no § 5º do artigo 31 da Lei nº 8.666/93.
2. Impugnações administrativas ao ato convocatório também devem ser permitidas por outros meios que não somente o protocolo presencial, viabilizando o exercício desse direito para licitantes que não possam comparecer diretamente na sede do órgão contratante.

01. RELATÓRIO

1.1 Trata-se do **exame prévio do edital** do pregão presencial nº 09/2019, do tipo menor taxa de administração, elaborado pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPO LIMPO PAULISTA**, que tem por objeto a *“contratação de empresa especializada para prestação de serviços de administração, gerenciamento, emissão e fornecimento de documentos de legitimação, na forma de cartão eletrônico, com chip de segurança a serem recarregados mensalmente, para aquisição de gêneros alimentícios “in natura” em estabelecimentos comerciais de rede credenciada.”*

1.2 Insurgiram-se **VEROCHEQUE REFEIÇÕES LTDA.** e **LUIS GUSTAVO DE ARRUDA CAMARGO**, em comum, contra o índice de endividamento exigido para fins de qualificação econômico-financeira ($GE \leq 0,50$)¹, por considerá-lo *“inatingível por quase a totalidade das empresas que*

¹ 8.1.3. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA
(...)

8.1.3.3.1. Demonstração dos seguintes índices econômico-financeiros extraídos do Balanço poderá ser apresentado alternativamente ao item (8.1.3.2), o mesmo deverá estar devidamente assinada pelo representante legal da empresa, a saber:

* Índice de Liquidez Geral

$LG \geq 1,00$

Ativo Circulante + Ativo Realizável a Longo Prazo

atuam no segmento de vales de benefícios, devido à particularidade mercantil do setor”.

1.3 Por sua vez, **LUIS GUSTAVO DE ARRUDA CAMARGO** acrescentou as seguintes censuras ao instrumento convocatório:

- a) Possibilidade de impugnação ao edital apenas por meio físico², em afronta ao art. 8º, inciso II, da Lei nº 12.527/11;
- b) Vedação à participação de empresas em processo de recuperação extrajudicial, conforme item 8.1.3.1.1;³
- c) Inexistência de regras no edital sobre sanções por atraso no pagamento;
- d) Apresentação de cartão exclusivamente com chip de segurança, restringindo a participação de licitantes que disponham de cartões com outras tecnologias; e
- e) Capital social mínimo ou patrimônio líquido com base no valor da proposta das licitantes⁴, em inobservância à Súmula 37⁵ desta Corte.

LG= -----

Passivo Circulante + Passivo Exigível a Longo Prazo

* Índice de Liquidez Corrente

LC ≥ 1,00

Ativo Circulante

LC= -----

Passivo Circulante

* Grau de Endividamento

GE ≤ 0,50

Passivo Circulante + Passivo Exigível a Longo Prazo

GE = -----

Ativo Total

² 15.1.2. - As impugnações deverão ser protocoladas até 02 (dois) dias úteis anteriores à data fixada para recebimento das propostas na Prefeitura da cidade de Campo Limpo Paulista, sito na Av. Adherbal da Costa Moreira, 255 - Centro – Campo Limpo Paulista/SP – Divisão de Arquivo e Protocolo de 11:00 às 16:00 horas.

15.1.2.1 - As impugnações somente serão analisadas se protocoladas, conforme previsto no subitem 15.1.2.

³ 8.1.3 – QUALIFICAÇÃO ECONÔMICOFINANCEIRA

8.1.3.1. Certidão Negativa de Falência ou Recuperação Judicial expedida pelo Distribuidor Judicial da sede da pessoa jurídica ou execução patrimonial expedida no domicílio da pessoa física.

8.1.3.1.1. Será permitida a participação de proponente em Recuperação Judicial, mediante a apresentação de seu plano de recuperação, já homologado pelo Juízo competente e em pleno vigor.

⁴ “8.1.3.2. Comprovação do capital mínimo ou patrimônio líquido igual ou superior à 5% (cinco por cento) do valor total inicial da proposta apresentada pela licitante, relativamente à datada apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais, que” (SIC).

⁵ Súmula 37 – Em procedimento licitatório para a contratação de serviços de caráter continuado, os percentuais referentes à garantia para participar e ao capital social ou patrimônio líquido devem ser calculados sobre o valor estimado correspondente ao período de 12 (doze) meses.

1.4 Ante a existência de indícios de restrição indevida à competitividade, a suspensão do certame foi decretada por este E. Plenário.

1.5 Posteriormente a este ato foi distribuída, por prevenção, representação formulada por **SINDPLUS ADMINISTRADORA DE CARTÕES, SERVIÇOS E CADASTRO E COBRANÇA LTDA.**, que também questionou o índice de endividamento eleito ($GE \leq 0,50$) para a comprovação da boa situação financeira das proponentes.

1.6 Considerando que o procedimento licitatório encontrava-se suspenso e que o teor das previsões editalícias impugnadas poderiam, eventualmente, inibir a ampla participação de interessados, foi determinada a extensão dos efeitos da liminar à terceira Representante.

1.7 Notificada, a **Administração**, de plano, reconheceu a inadequação do índice de endividamento fixado ($GE \leq 0,50$) propondo-se a alterá-lo para o patamar máximo de 0,9 (zero vírgula nove).

De outro modo, sustentou que as demais queixas não merecem ser acolhidas.

Esclareceu, de início, não dispor a municipalidade de um procedimento *online* para as impugnações, sendo todos seus processos administrativos “*físicos*”, recebidos pelo protocolo geral da Prefeitura. Entretanto, anuiu em possibilitar a “*utilização do protocolo eletrônico, via e-mail, mas prevendo a obrigatoriedade de apresentação do protocolo físico em prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas, como é prática do próprio TCE/SP em seus certames (Pregão 12/14 – TC-A-2037/026/14)*”.

Além disso, entendeu que a cláusula que permite a participação de empresas em processos de recuperação judicial homologado pelo juiz local deve ser interpretada de forma extensiva, autorizando-se a participação no torneio, mesmo que implicitamente, das licitantes que se encontrem com plano

de recuperação extrajudicial. Outrossim, avaliou que a ausência de menção expressa ao termo “extrajudicial” não caracteriza sua proibição.

De igual forma, ponderou que a inexistência no edital de previsão expressa de encargos por atraso no pagamento não afasta a obrigatoriedade de seu cumprimento, eis que a imposição decorre de “*um regramento maior, constitucional*”.

Quanto à exigência de cartão com chip de segurança, defendeu que a escolha objetivou garantir a segurança do beneficiário do mesmo, o servidor, tendo em conta a “*grande incidência de fraudes e clonagens com cartões magnéticos utilizados nas mais diversas formas de pagamentos*”.

Outrossim, arrazouou que a exigência de capital social mínimo ou patrimônio líquido com base no valor da proposta observou o estabelecido no § 3º do artigo 31 da Lei de Licitações.

1.8 A Unidade de Economia da Assessoria Técnico-Jurídica, nos aspectos que lhe são pertinentes, pronunciou-se pela procedência das representações contidas nos TC-007485.989.19-8 e TC-007660.989.19-5 e pela procedência parcial daquela aduzida no TC-007531.989.19-2.

Inicialmente, destacou que a própria Administração reconheceu a reestrutividade no índice de endividamento exigido, anuindo em alterá-lo para o patamar máximo de 0,9 (zero vírgula nove). Recordou, nesse sentido, que o entendimento consolidado desta Corte acerca da matéria é no sentido de que os índices financeiros devem ser condizentes com o setor de mercado em que se pretende contratar.

Outrossim, avaliou a necessidade de se fazer contar no edital as regras sobre compensação financeira e penalizações para o caso de eventuais atrasos nos pagamentos de obrigações contratuais, por força do artigo 40, inciso XIV, alínea “d”, da Lei nº 8.666/93.

Por outro lado, entendeu insubsistente a alegada afronta à Súmula nº 37 em razão da exigência de comprovação de capital social ou patrimônio líquido mínimo com base no valor da proposta, na medida em que a

vigência do contrato é de 12 meses, sendo que o crédito extra, a título de Cesta Natal, também será pago no mês de dezembro do exercício referente à contratação, em perfeita sintonia com o referido enunciado.

1.9 Já sua congênere **Jurídica** considerou também procedente a queixa relativa ao exclusivo recebimento de impugnações por meio físico, situação esta que evidenciaria a *“inobservância do Município em instituir canais de comunicação por meio eletrônico ou telefônico, nos termos da Lei nº 12.527/11”*.

Anotou, ainda, a pertinência de se incluir no edital, a fim de se evitar controvérsias ou má interpretação, a expressa possibilidade de participação de empresas em processo de recuperação extrajudicial que possuam o plano homologado pelo juiz.

Contudo, afastou a impugnação direcionada à imposição de fornecimento exclusivo de cartões com chip de segurança, tendo em conta o atual entendimento desta Corte acerca da matéria.

1.10 A **Chefia da ATJ** endossou os pareceres de sua assessoria.

1.11 O **Ministério Público de Contas** divergiu apenas no que tange à adoção do *“valor total inicial da proposta apresentada pela licitante”* como base de cálculo para aferição do capital social mínimo ou patrimônio líquido, por entender que a disposição se mostra em desacordo com o teor do § 3º do artigo 31 da Lei nº 8.666/93, o qual estabelece, para aquela finalidade, o *“valor estimado da contratação”*.

Ademais, sustentou que o *“fato de que as propostas serão apresentadas com base na taxa de administração oferecida, pode levar à conclusão de que a aferição do capital social ou patrimônio líquido incidirá sobre o valor da taxa de administração”*. Deste modo, ponderou que o item 8.1.3.2 dever ser revisto, a fim de consignar expressamente o valor a ser comprovado, nos termos do mencionado dispositivo legal.

1.12 O posicionamento da **Secretaria-Diretoria Geral** convergiu com aqueles proferidos pelas unidades especializadas da ATJ.

É o relatório.

2 - VOTO

2.1 A Prefeitura Municipal de Campo Limpo Paulista pretende a *“prestação de serviços de administração, gerenciamento, emissão e fornecimento de documentos de legitimação, na forma de cartão eletrônico, com chip de segurança, para aquisição de gêneros alimentícios ‘in natura’ em estabelecimentos comerciais de rede credenciada”*. No entanto, o instrumento convocatório elaborado merece correção, a fim de se amoldar às diretrizes da legislação de regência e à jurisprudência desta Corte.

2.2 De início, conforme a própria Administração reconheceu, procedente a queixa direcionada ao índice de endividamento estabelecido para fins de habilitação econômico-financeira das licitantes ($\leq 0,5$).

É assente o entendimento deste Plenário de que a fixação dos índices econômico-financeiros, notadamente em relação ao grau de endividamento, deve guardar pertinência com o ramo de atividade da empresa licitante, a fim de aferir sua boa situação financeira e verificar se é suficiente para o cumprimento das obrigações decorrentes da licitação, em conformidade ao disposto no § 5º do artigo 31 da Lei nº 8.666/93.

O parâmetro utilizado para a maior parte dos segmentos da atividade econômica (igual ou inferior a 0,50), para estipulação de tal coeficiente, em decorrência das peculiaridades e características que permeiam as empresas do segmento de vales benefícios, tem se revelado restritivo à participação de interessados no certame.

Neste sentido foi a decisão Plenária de 09-03-2016, nos autos dos processos TC-3702.989.16-1, TC-3748.989.16-7 e TC-3774.989.16-7, Relator Conselheiro-Substituto ANTONIO CARLOS DOS SANTOS:

*“No **mérito**, o entendimento desta Corte acerca da exigência de índices contábeis se consolidou no sentido de que devem ser fixados patamares condizentes com o ramo de mercado do objeto licitado.*

No caso, o edital previu endividamento máximo de 0,8 e é sabido que o ramo de benefícios trabalha com patamares acima de outros segmentos.

Em razão da recorrência dessa questão, a Assessoria Técnica desta corte promoveu bom trabalho no processo 5974/989/15-4, tendo pesquisado o comportamento das principais empresas desse segmento de mercado.

N.º	Empresas	2008/2009	2011/2012	2013/2014
01	Ticket Serviços S/A.	0,72	0,79	0,77
02	Sodexo Pass do Brasil Ser.e Comércio	0,51	0,65	0,70
03	Planinvesti Administração e Ser.Ltda	0,69	0,86	0,85
04	Verocheque Refeições Ltda.	0,02	0,44	0,59
05	Companhia Brasileira Soluções e Serv.	0,88	0,85	0,74
06	Green Card S/A.Refeições Com. e Serv.	0,92	0,92	0,89
07	Trivale Administração Ltda.	0,52	0,53	0,78
08	Bônus Brasil Serviços de Alimentos	0,79	0,87	--
09	Policard Systems e Serviços S/A	--	--	0,89
10	Mixcred Administradora Ltda.	--	--	0,49
11	Riocard Admin. Cartões e Benef. S/A.	--	--	0,33
12	Sindplus Administradora de Cartões	--	--	0,79

É possível verificar, com base em dados referentes ao biênio 2013/2014, que das doze principais empresas do ramo, oito cumpriram o índice ora proposto no edital, o que evidencia possibilidade de competição.

Cabe destacar que a representação que questiona esse ponto do edital veio desprovida de documentos a comprovar que essa realidade mudou.

Soma-se a isso o fato desta Corte já ter admitido o índice de endividamento máximo de 0,8 para o presente objeto, a exemplo do processo 7161/989/15-7.”

Assim, tendo em vista a análise empreendida no mencionado precedente, constato que o patamar eleito para a demonstração do endividamento das licitantes ($IE \leq 0,50$) encontra-se em evidente descompasso com o ramo de mercado em que se insere o objeto, alijando da disputa a maior parte das empresas desse segmento.

2.3 Embora a Administração sustente que será permitida a participação de empresas em recuperação extrajudicial, desde que haja o plano de recuperação devidamente homologado e em pleno vigor, tal

informação não se encontra explicitada no instrumento convocatório, podendo gerar dúvidas como a suscitada pelo Representante.

Deste modo, o edital deve ser aprimorado para que possibilite, explicitamente e de maneira clara, a participação de empresas que se encontrem naquela situação.

2.4 De igual forma, deve ser revista a restrição a impugnações ou pedidos de esclarecimentos por meios eletrônicos, a fim de ajustar os procedimentos internos da Administração ao teor da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/11), que impõe aos órgãos e entidades públicas o dever de *“viabilizar alternativa de encaminhamento de pedidos de acesso por meio de seus sítios oficiais na internet”* (art. 10, § 2º).

Impende destacar que a jurisprudência desta Corte tem se firmado no sentido de que impugnações administrativas ao ato convocatório também devem ser permitidas por outros meios que não somente o protocolo presencial, viabilizando o exercício desse direito para licitantes que não possam comparecer diretamente na sede do órgão contratante.

Neste sentido, destaco trecho da decisão proferida nos autos dos TC-013316.989.18-5 e TC-013791.989.18-9⁶, acerca de assunto similar:

“Críticas ao anacronismo do dispositivo versando sobre o disciplinamento das ‘Impugnações ao Edital’ demandam da Prefeitura a reavaliação do modelo radicado na ‘petição escrita, protocolada no Setor de Protocolo desta Prefeitura’, cabendo-lhe também regulamentar e validar manifestações apresentadas pelos meios eletrônicos disponíveis.”

2.5 Também se faz necessário que conste expressamente da minuta contratual as *“compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos”*, nos termos do que determina o artigo 40, inciso XIV, alínea “d”, da Lei federal nº 8.666/93.

⁶ Tribunal Pleno, sessão de 18-07-18, relator Substituto de Conselheiro ANTONIO CARLOS DOS SANTOS

2.6 Outrossim, embora considere não prosperar a alegada afronta à Súmula nº 37 desta Corte em relação à exigência de capital social mínimo ou patrimônio líquido com base no valor da proposta das licitantes, tendo em conta que a vigência do contrato é pelo prazo de 12 (doze) meses, portanto dentro do período consignado no referido enunciado, necessário que a cláusula editalícia seja adequada ao disposto no artigo 31, § 3º, da Lei nº 8.666/93, para consignar que os percentuais a serem demonstrados para esse fim incidem sobre “o valor estimado da contratação”.

Neste aspecto, como bem pontuado pelo MPC, pertinente que o edital consigne expressamente o valor a ser comprovado, na medida em que as *“propostas serão apresentadas com base na taxa de administração oferecida, (o que) pode levar à conclusão de que a aferição do capital social ou patrimônio líquido incidirá sobre o valor da taxa de administração”*.

2.7 A despeito de tais aspectos desfavoráveis, afasto a crítica relacionada à exigência de fornecimento de cartão com chip de segurança, eis que esta Corte consolidou entendimento no sentido de que esta opção *“não impacta necessariamente a competitividade do certame, haja vista a evolução tecnológica que revela quantidade considerável de empresas capazes de atender ao objeto pretendido”* (TC-5500.989.17-3, TC-5545.989.17-0 e TC-5726.989.17-1⁷).

2.8 Posto isto, circunscrito estritamente às questões analisadas, considero **parcialmente procedentes** as impugnações, determinando que a Administração, querendo dar seguimento ao certame, adote as medidas corretivas pertinentes para dar cumprimento à lei, especialmente para:

- a) Rever o índice de endividamento fixado, adequando-o ao segmento de mercado pertinente aolicitado;
- b) Fazer constar expressamente no edital a possibilidade de participação de empresas em recuperação extrajudicial, nos termos da Súmula nº 50;

⁷ Tribunal Pleno, sessão de 10-05-17, relatora Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MOARES

- c) Possibilitar impugnações administrativas por outros meios que não exclusivamente o protocolo presencial;
- d) Consignar na minuta do contrato as regras atinentes às sanções por eventuais atrasos nos pagamentos; e
- e) Adequar a exigência de demonstração de capital social ou patrimônio líquido mínimo ao teor do artigo 31, § 3º, da Lei federal nº 8.666/93.

A Administração deve atentar, depois, para a devida republicação do edital, nos termos reclamados pelo artigo 21, § 4º, da Lei 8.666/93.

Transitada em julgado a decisão, arquivem-se os autos eletronicamente.

Sala das Sessões, 17 de abril de 2019.

SIDNEY ESTANISLAU BERALDO
CONSELHEIRO