



Decisão 00374/2022-4 - Plenário

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 08050/2021-2

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMVV - Prefeitura Municipal de Vila Velha

Relator: Sérgio Manoel Nader Borges

Representante: CONVENIOS CARD ADMINISTRADORA E EDITORA LTDA

Responsável: GUILHERME MAFORTE BRANDAO, ARNALDO BORGIO FILHO, MENARA RIBEIRO SANTOS MAGNAGO DE HOLLANDA CAVALCANTE

Procurador: ELIZANDRO DE CARVALHO (OAB: 194835-SP)

REPRESENTAÇÃO – PREFEITURA MUNICIPAL DE VILA VELHA – INDEFERIR MEDIDA CAUTELAR – DETERMINAR A TRAMITAÇÃO SOB O RITO ORDINÁRIO – DAR CIÊNCIA.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:

1. RELATÓRIO

Tratam os autos de Representação proposta em face da Prefeitura Municipal de Vila Velha, em virtude de suposta irregularidade no Edital de Pregão Eletrônico nº 215/2021, processo administrativo nº 63092/2021, cujo objeto é o *“registro de preço para contratação de empresa especializada para prestação de serviços de auxílio alimentação aos servidores ativos da administração direta e indireta, na forma de cartão eletrônico com tecnologia de tarja magnética e/ou chip, visa possibilitar a aquisição de gêneros alimentícios, através de rede de estabelecimentos credenciados”*.

Em síntese, a Representante apontou a violação do princípio da legalidade, da isonomia, restrição à competitividade do certame, bem como à Súmula 275 do

Tribunal de Contas União, ao alegar que “[...] o edital em tela prevê a cumulação de exigências editalícias quanto aos requisitos de habilitação econômico financeira em desacordo com o §2º do artigo 31 da Lei 8.666/93, uma vez que prevê a apresentação de capital social ou patrimônio líquido mínimo e ainda a exigência de garantia nos termos do art. 56, §1º do mesmo dispositivo, em completa desconformidade com o artigo mencionado”.

Diante das supostas irregularidades apontadas na peça inaugural, a Representante requereu o deferimento da medida cautelar nos seguintes termos:

[...]

1) Seja recebida e considerada tempestiva a presente representação para, que seja determinada a SUSPENSÃO o pregão atacado, previsto para o dia 16/12/2021 às 10h

[...]

Por meio da Decisão Monocrática 01120/2021-6, determinei a notificação do Sr. Arnaldo Borgo Filho, Prefeito Municipal; da Sr.^a Menara Ribeiro Santos Magnano de Hollanda Cavalcante, Secretária Municipal de Planejamento e Projetos Estruturantes; e do Sr. Guilherme Maforte Brandão, Pregoeiro Municipal, para que no prazo de 05 dias improrrogáveis, nos termos do art. 125, §3º, da LC 621/2012, se manifestassem sobre as supostas irregularidades apontadas.

Sendo os responsáveis devidamente notificados, foram acostadas aos autos os seus esclarecimentos, bem como documentos complementares.

Por meio do Despacho 51970/2021-1, manifestei-me pelo conhecimento da presente representação em razão do preenchimento dos requisitos de admissibilidade dispostos nos artigos 94, 100, e 101 da Lei Orgânica desta Corte de Contas (Lei Complementar 621, de 08.03.2012) e artigos 183 a 186 do nosso Regimento Interno (Resolução TC 261, de 04.06.2013), bem como artigo 113 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 (Licitação).

Encaminhados os autos para o Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações – NOF, foi elaborada a Manifestação Técnica de Cautelar 3/2022-6, na qual, em síntese, a área técnica opina pelo indeferimento da medida cautelar pleiteada.

Após, vieram os autos conclusos.

É o breve relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

O art. 124 da Lei 621/2012, ao tratar das medidas cautelares no âmbito deste Tribunal de Contas, preceitua que:

Art. 124. No início ou no curso de qualquer processo, havendo fundado receio de grave ofensa ao interesse público e de risco de ineficácia da decisão de mérito, o Tribunal de Contas poderá, de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, determinar medidas cautelares.

Nesse mesmo contexto, vale citar o art. 376 do RITCEES, que assim diz:

Art. 376. No início ou no curso de qualquer processo, o Tribunal poderá, de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, determinar medidas cautelares, observado o rito sumário previsto nos arts. 306 a 312 deste Regimento, desde que presentes os seguintes requisitos:

- I - fundado receio de grave ofensa ao interesse público; e
- II - risco de ineficácia da decisão de mérito.

Na mesma linha, o art. 306 do RITCEES, ao tratar do rito sumário no âmbito deste Tribunal de Contas estabelece o seguinte:

Art. 306. Os processos em que houver fundado receio de grave ofensa ao interesse público ou de ineficácia das suas decisões observarão o rito sumário previsto neste Regimento.

Nota-se que em todos os dispositivos supracitados identificam-se os requisitos que necessariamente deverão ser ponderados e analisados para a eventual concessão de medida cautelar, vale dizer, o *fumus boni iuris* consubstanciado no fundado receio de grave ofensa ao interesse público; e o *periculum in mora*, identificado no risco de ineficácia da decisão de mérito ao final.

Urge frisar que a presença de ambos os requisitos deve, concomitantemente, e de fato, evidenciar a existência inequívoca que conduza a um juízo de verossimilhança sobre as alegações em conjunto com o risco irreversibilidade da situação em face da futura resolução de mérito, em decorrência da demora na prestação da medida pretendida.

No caso vertente, conforme já destacado no relatório deste voto, a Representante aponta que “[...] o edital em tela prevê a cumulação de exigências editalícias quanto aos requisitos de habilitação econômico financeira em desacordo com o §2º do artigo 31 da Lei 8.666/93, uma vez que prevê a apresentação de capital social ou

patrimônio líquido mínimo e ainda a exigência de garantia nos termos do art. 56, §1º do mesmo dispositivo, em completa desconformidade com o artigo mencionado”.

Do seu ponto de vista, tais previsões editalícias violariam o princípio da legalidade, da isonomia, da competitividade do certame, bem como à Súmula 275 do Tribunal de Contas União.

Diante desses apontamentos, tendo sido aberto o contraditório aos responsáveis, foram juntados aos autos os respectivos esclarecimentos, acompanhados por documentos complementares, devidamente analisados pela área técnica por meio da **Manifestação Técnica de Cautelar 3/2022-6, cujo conteúdo opinativo acolho integralmente para fins de motivação da presente decisão**, destacando o seguinte trecho:

[...]

Diante das supostas irregularidades apontadas na peça inaugural, a Representante requereu o deferimento da medida cautelar nos seguintes termos:

[...]

1) Seja recebida e considerada tempestiva a presente representação para, que seja determinada a SUSPENSÃO o pregão atacado, previsto para o dia 16/12/2021 às 10h.

[...]

Entretanto, constata-se que os itens apontados pela Representante tratam de fases distintas do certame. O **item 4.2.3 do ANEXO IV** trata da documentação relativa à qualificação econômico-financeira, que deve ser comprovada na apresentação da proposta, conforme estabelece o **§ 3º, do art. 31 da Lei nº 8.666/93**:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

(...)

§ 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade.

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de

capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

§ 3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais. (Grifo nosso)

Já o **item 19.1.1 da MINUTA DO EDITAL** trata da garantia das obrigações contratuais assumidas, estabelecida pelo **art. 56 da Lei nº 8.666/1993**:

Art. 56. **A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.** (Grifo nosso)

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária.

§ 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo.

O TCU tratou desse questão quando julgou a **Representação n.º 004.206/2017-7**, conforme **Acórdão 2397/2017**, que abordou a questão da exigência concomitante de patrimônio líquido mínimo e de garantia de execução, entendendo o relator, na ocasião, não existir irregularidade, conforme segue:

Extrai-se do julgado: “a representante demonstra confusão entre os dois tipos de garantia previstos na Lei 8.666/1993: a garantia de participação e a garantia de execução. De fato, o art. 31, §2º, da citada lei veicula as possíveis exigências para qualificação econômico-financeira no certame, e que não podem ser cumuladas quais sejam: capital mínimo, patrimônio líquido mínimo ou prestação de garantias. **Já os arts. 55, inciso VI, e 56 do mesmo diploma tratam da possibilidade de exigência de prestação de garantias para a execução do contrato, que nenhuma relação guarda com a apresentação de garantia de participação, mesmo porque os objetivos dessas garantias são distintos, vez que uma se destina a comprovar a capacidade financeira para adimplir a contrato futuro, e outra se destina a assegurar a entrega do que já está contratado.** Note-se que a própria disciplina dessas garantias é distinta. Enquanto o art. 31, inciso III, dispõe que a garantia de participação se limita a 1% do valor estimado do objeto da contratação, o art. 56, §2º, assevera que a garantia de execução não excederá 5% do valor do contrato. Deve-se ainda verificar que o art. 5º da Lei 10.520/2002 veda a exigência de garantia de proposta, mas nada trata sobre a garantia de execução, no que resta aplicável o disposto na Lei 8.666/1993”. (Grifo nosso)

Portanto, **conforme entendimento do TCU, a exigência de documentos comprobatórios de qualificação econômico-financeira para participação no certame não tem nenhuma relação com a exigência de garantias para a execução do contrato, por serem distintos os objetivos dessas exigências, pois uma se destina a comprovar a capacidade financeira para executar o futuro contrato, e a outra se destina a assegurar a entrega do que já está contratado.**

Com relação à acumulação das exigências de caução de participação e de capital social mínimo, previstas no **art. 31 da Lei nº 8.666/1993**, o Tribunal de Contas do estado de São Paulo foi além, entendendo que a decisão insere-se no poder discricionário do administrador, conforme sua **SÚMULA 27**¹:

SÚMULA Nº 27 - Em procedimento licitatório, a cumulação das exigências de caução de participação e de capital social mínimo insere-se no poder discricionário do administrador, respeitados os limites previstos na lei de regência. (Grifo nosso)

Em sentido oposto ao da súmula anterior, esta liberalizante súmula esclarece que não é proibido, ou seja é permitido ao edital exigir cumulativamente tanto a caução para participação no certame, prevista no inc. III do art. 31 (limitada a 1% do valor estimado para a contratação) quanto determinado capital mínimo, conforme previsto nos §§ 2º e 3º do art. 31 da lei, limitado a 10% do valor estimado para o futuro contrato.

Caso ambas essas exigências se contenham dentro dos limites máximos fixados na lei, acima mencionados, ambas podem ser formuladas no edital ao mesmo tempo, de modo que o licitante precisará para habilitar-se atender a ambas, e se não o fizer quanto a pelo menos uma será ipso facto inabilitado.

Nada existe de abusivo na cumulação das exigências, que constituem legítimas demonstrações de capacidade econômica – porém desde que o objeto da licitação, pelo seu porte e natureza comportem uma tal exigência. (Grifo nosso)

Assim, se é lógico e razoável exigirem-se ambas as demonstrações numa licitação de obra ou de complexo ou oneroso serviço, não fará sentido algum um edital de compra de mantimentos ou aparelhos eletrônicos conhecidos, em quantidade moderada e não imensa, para entrega de uma só vez, formular tais exigências, porque ninguém precisa ter um significativo capital mínimo para vender dez computadores, nem garantir a Administração com 1% do futuro contrato para lhe vender um caminhão de batata doce lilás.

Nesses dois exemplos a dupla exigência de capacidade econômica se revela abusiva e discriminatória somente em si, e totalmente inadequada ao singelíssimo objeto que qualquer fornecedor, mesmo que (regularmente) instalado ontem, pode fornecer com facilidade. O que a súmula visou assegurar à Administração é que nas licitações de objetos em que faça sentido a dupla exigência econômica ela pode ser efetuada pelo edital.

Portanto, **de acordo com o entendimento do TCE-SP, a Administração, em razão do objeto licitado, pode fazer com que o particular apresente dois requisitos de qualificação (capital social ou patrimônio líquido + garantia de proposta) na mesma contratação, sem que isso afronte, essencialmente, a Lei.**

Quanto a restrição à competitividade aventada pela Representante, alegando que as citadas exigências contidas no **item 4.2.3 do ANEXO IV – DOCUMENTAÇÃO PARA HABILITAÇÃO** e no **item 19.1.1 da MINUTA DO EDITAL** restringiriam a participação das empresas, **constata-se que houve ampla participação no certame, com o número expressivo de 12 empresas**

¹ <http://www.acopesp.org.br/admin/assets/arquivos/cb5981c29b3b4e7354fbc92ccc44ccde.pdf>

que apresentaram proposta, conforme ATA DA SESSÃO PÚBLICA DO PREGÃO (fl. 712 do evento 20):

Após a etapa de lances, , foram apresentados os seguintes descontos:

Lote (1) - CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO - Valor estimado: R\$ 36.000.000,00

Data-Hora	Fornecedor	Lance	Lance (R\$)
14/12/2021 11:25:21:093	BERLIN FINANCE MEIOS DE PAGAMENTOS LTDA.	0,01%	R\$ 35.996.399,99
14/12/2021 15:21:30:644	NUTRICASH SERVICOS LTDA	0,01%	R\$ 35.996.399,99
15/12/2021 15:24:34:895	BIQ BENEFICIOS LTDA	0,01%	R\$ 35.996.399,99
15/12/2021 15:48:13:303	COMPROCARD ADMINISTRADORA DE CARTOES LTDA	0,01%	R\$ 35.996.399,99
15/12/2021 17:45:28:272	TRIVALE INSTITUICAO DE PAGAMENTO LTDA	0,01%	R\$ 35.996.399,99
16/12/2021 10:06:56:421	UP BRASIL ADMINISTRACAO E SERVICOS LTDA.	2,00%	R\$ 35.280.000,00
16/12/2021 10:10:41:164	GREEN CARD SA REFEICOES COM E SERVICOS	3,21%	R\$ 34.844.400,00
16/12/2021 10:11:27:883	M&S SERVICOS ADMINISTRATIVOS LTDA ME	3,51%	R\$ 34.736.400,00
16/12/2021 10:14:01:859	MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTOES E SERVICOS LTD	4,60%	R\$ 34.344.000,00
16/12/2021 10:16:36:196	BIGCARD ADMINISTRADORA DE CONVENIOS E SERVICOS LTD	6,00%	R\$ 33.840.000,00
16/12/2021 10:20:39:917	VEROCHEQUE REFEICOES LTDA	8,20%	R\$ 33.048.000,00
16/12/2021 10:21:13:017	LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTOES LTDA ME	9,01%	R\$ 32.756.400,00

Diante do exposto, **considera-se improcedente o pedido da Representante para concessão de medida cautelar.**

Sendo assim, face a ausência de *fumus boni iuris*, resta prejudicada a análise de *periculum in mora*, uma vez que os requisitos para concessão de cautelar são cumulativos.

[...]

(grifei e sublinhei)

Ante todo o exposto, por anuir os termos da análise técnica contida na Manifestação Técnica de Cautelar 3/2022-6, e, portanto, estando em conformidade com o entendimento da área técnica, VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Conselheiro Relator

1. DECISÃO TC-0374/2022-4

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **DECIDEM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo relator, em:

1.1. INDEFERIR a medida cautelar, nos termos do art. 307, §3º do RITCEES, porquanto não verificado o *fumus boni iuris* no caso em comento;

1.2. NOTIFICAR os responsáveis para que nos termos do art. 307, §3º, do RITCEES, prestem as informações quanto aos itens questionados na Representação, no prazo de 10 (dez) dias;

1.3. DETERMINAR a tramitação do feito sob o rito ordinário, assim que escoado o prazo de 10 (dez) dias para a prestação de informações pelos responsáveis, a fim de que esta Corte de Contas proceda à devida análise de mérito;

1.4. CIENTIFICAR a Representante acerca do teor desta decisão, conforme comando previsto no art. 307, §7º do RITCEES.

2. Unânime

3. Data da Sessão: 03/02/2022 – 3ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Sérgio Manoel Nader Borges (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

5. Membro do Ministério Público de Contas: Procurador-Geral Luis Henrique Anastácio da Silva.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente