



Acórdão 00878/2022-6 - Plenário

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 – IMPROCEDÊNCIA – DAR CIÊNCIA – ARQUIVAR.

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

1. RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de Representação, para exame prévio de Edital de Licitação, com pedido de suspensão cautelar, apresentada pela Empresa Convênios Card Administradora e Editora Ltda. – EPP, em face da prefeitura municipal de Vila Velha/ES, referente a supostas exigências inseridas no edital de pregão eletrônico nº 215/2021, alegando a sua manutenção comprometer o bom andamento do certame. Tendo como objeto a *“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”, a Representante alega que os itens 4.2.3 e 19.1.1 comprometem o caráter competitivo da licitação.

Em síntese, a Representante alega que o edital em tela prevê a cumulação de exigências quanto aos requisitos de habilitação econômico financeira em desacordo com o §2º do artigo 31 da Lei nº 8.666/93, uma vez que prevê a apresentação de capital social ou patrimônio líquido e ainda a exigência de garantia nos termos do art. 51, §1º do mesmo dispositivo, em completa desconformidade com o artigo mencionado.

Pugna, ao final, pelo deferimento de medida cautelar para determinar a imediata suspensão do certame licitatório no intuito de retificação do edital convocatório com a devida adequação.

Por meio da Decisão Monocrática 01120/2021-6 (evento 08), foi determinada a notificação prévia dos responsáveis, para que no prazo de 5 (cinco) dias, se manifestassem sobre as supostas irregularidades, inclusive juntando documentos que entenderem necessários, frente a representação interposta, nos termos do art. 125, §3º, da LC 621/2012.

Por intermédio dos eventos eletrônicos 18 e 19, as responsáveis protocolaram suas Respostas de Comunicação.

Assim, após envio dos autos a SEGEX (evento 16), estes foram encaminhados a esse NOF, que se pronunciou por meio da Manifestação Técnica de Cautelar (evento 24), propondo o indeferimento da medida cautelar, posição acompanhada pela Corte, conforme a Decisão 00374/2022-4, nos seguintes termos:

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 Luís Henrique Anastácio da Silva.

Caminhando os autos em rito ordinário, uma vez mais os representados anexaram suas defesas/justificativas (eventos 38, 39 e 40), sendo, em seguida, o processo despachado a este NOF, ocasião na qual foi elaborada a Instrução Técnica Conclusiva ITC 1448/2022-6, propondo a improcedência da Representação e arquivamento dos autos.

Seguindo este entendimento, manifestou-se o Ministério Público de Contas por meio do Parecer 2621/2022-4.

Após, vieram os autos conclusos.

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Da análise dos autos, verifico que as conclusões alcançadas tanto pela área técnica por meio da ITC 1448/2022-6, quanto pelo Ministério Público de Contas, por meio do

Parecer 2621/2022-4, convergem para a constatação de que as alegações trazidas pela representante não confirmam as irregularidades apontadas na Representação. Acerca disso, por estar devidamente delineada a questão, bem como por concordar com a integralidade da fundamentação explicitada pela área técnica desta Corte de Contas no que tange aos fatos narrados no presente processo, adoto o entendimento técnico manifestado na **ITC 1448/2022-6**, destacando, ainda, o seguinte trecho, abaixo transcrito:

[...]

É lícito apontar que os temas centrais atacados como irregulares pela Representante em nada ferem a legalidade e a competitividade no certame em voga. Tratam-se de fases distintas.

Enquanto o **item 4.2.3 do ANEXO IV** trata de documentação relativa à qualificação econômico-financeira, sendo esta de comprovação na apresentação da proposta, conforme o artigo 31, § 3º da Lei nº 8.666/93, o outro citado, qual seja, **item 19.1.1 da MINUTA DO EDITAL** trata das garantias obrigatórias que serão assumidas pelo vencedor do certame quando da assinatura do contrato administrativo.

A seguir, demonstramos, por intermédio da citação dos artigos, essa separação de fases, cujo legislador trouxe ao texto legal.

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)

[...]

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 tema em análise já foi abordado por diversas instituições pais afora.

No Tribunal de Contas da União – TCU, este foi tratado quando do julgamento da **Representação nº 004.206/2017-7**, conforme **Acórdão 2397/2017**. Vejamos:

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)

Em outra esfera, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo se manifestou com relação à **acumulação das exigências de caução de participação e de capital social mínimo**, previstas no artigo 31 da Lei nº 8.666/93, conforme **SÚMULA 27**¹. Destaca-se:

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)

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

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.

Esta Corte de Contas, quando da contratação do mesmo serviço, por intermédio do Processo TC 2104/2020, Pregão eletrônico nº 04/2020, fez constar em seu Edital tais “exigências”, quando tratou no item 6, da QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA, subitem 6.1.4.1 que “a comprovação de patrimônio líquido será equivalente a 10% (dez por cento) do valor estimado para a contratação”, considerando o valor estimado para o período de 12 (doze) meses, conforme determina a lei de licitações, admitida a atualização para a data de apresentação da proposta, por meio de índices oficiais e, no subitem 2, Item XVI – DO CONTRATO, exigiu, nos termos do artigo 56 da Lei nº 8.666/96, “garantia contratual de 5% (cinco por cento)” do valor global do Contrato.

Bom, se não há ilegalidade na inserção das cláusulas editalícias, descarta-se, também, a possibilidade de agressão ao princípio da competitividade, também citada pela REPRESENTANTE. Porém, para que não parem dúvidas quanto ao assunto, não é demais destacar que na data de abertura do certame, compareceram para a disputa uma gama de fornecedores do serviço ora disposto a contratação pela municipalidade. Mais precisamente 12 (doze) concorrentes.

Ultrapassada essa fase e retornando ao cerne da Representação, qual seja, a solicitação por parte do Representante da **SUSPENSÃO do certame até julgamento final quanto ao mérito**, bem como, a **RETIFICAÇÃO do ato convocatório quanto ao item 4.2.3 e correlatos**, o nosso entendimento sobre a mesma é que no processo levado a cabo pelo **MUNICÍPIO DE VILA**

VELHA não se vislumbram as irregularidades apontadas e, portanto, sugere-se a **improcedência** desta representação.

[...]

Ante todo o exposto, em consonância com o entendimento da área técnica e do Ministério Público Especial de Contas, VOTO seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO TC-878/2022:

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

1.1. Julgar improcedente a Representação, nos termos dos arts. 95, inciso I, e 101, parágrafo único, da LC 621/2012 c/c arts.178, inciso I, e 186 do RITCEES;

1.2. Dar ciência ao Representante acerca do teor desta decisão;

1.3. Arquivar os autos, após o trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 21/07/2022 – 35ª 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 e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

4.2. Conselheiro substituto: Marco Antonio da Silva (em substituição).

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

CONSELHEIRO SUBSTITUTO MARCO ANTONIO DA SILVA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS HERON CARLOS GOMES DE OLIVEIRA

Em substituição ao procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das Sessões