

DENÚNCIA N. 986991

Denunciante: Policard Systems e Serviços S.A.
Denunciada: Prefeitura Municipal de Uberaba
Interessada: Eclair Gonçalves Gomes
Procuradores: Paulo Eduardo Salge, OAB/MG 35.387; Alice Josiane dos Santos Pereira, OAB/MG 155.739; Andreia Sanglard Silva de Andrade, OAB/MG 79.825; Anne Fonseca Resende Lacerda, OAB/MG 170.463; Armando Cândido da Cruz Júnior, OAB/MG 129.053; Auack Natan Moreira de Oliveira Reis, OAB/MG 163.391; Ezequiel Geraldo de Magela, OAB/MG 144.664; Hugo Henrique Lannes Araújo, OAB/MG 144.248; Juliele Batista dos Santos, OAB/MG 155.490; Laura Fonseca Rocha, OAB/MG 170.847; Luiz Fernando Pimenta Peixoto, OAB/MG 154.394; Marcelo Augusto Pinto de Souza, OAB/MG 152.453; Marcos Ezequiel de Moura Lima, OAB/MG 136.164; Matheus Prates de Oliveira, OAB/MG 141.238; Pedro Henrique Rocha Silva Fialho, OAB/MG 147.840; Rafael Tavares de Freitas, OAB/MG 143.872; Wederson Advíncula Siqueira, OAB/MG 102.533; Bruno Henrique Lisboa Gomes, OAB/MG 50409E; e outros.

MPTC: Daniel de Carvalho Guimarães

RELATOR: CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA

EMENTA

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. IRREGULARIDADES NO EDITAL. ÍNDICE DE ENDIVIDAMENTO GERAL – IEG INAPROPRIADO PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. EXIGÊNCIA CUMULATIVA DE PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO E ÍNDICE DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICA. EXIGÊNCIA CUMULATIVA DE GARANTIA DE PAGAMENTO AOS ESTABELECIMENTOS CREDENCIADOS. VIGÊNCIA DO CONTRATO SUPERIOR AO CRÉDITO ORÇAMENTÁRIO. IMPROCEDÊNCIA. EXTINÇÃO DOS AUTOS COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. ARQUIVAMENTO.

1. Consoante dispõe o §5º do artigo 31 da Lei de Licitações, a comprovação da boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para a correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.
2. Conforme se depreende da leitura dos §§2º e 5º do artigo 31 da Lei de Licitações, há previsão legal para as exigências de índices de qualificação econômica juntamente com o Capital Social ou Patrimônio Líquido mínimo, cumulativamente.
3. Nos termos do disposto no artigo 56 da Lei Federal nº 8666/93, 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.

4. Excepcionalmente, no caso de prestação de serviços contínuos e desde que devidamente motivada pela Administração a vantajosidade para o interesse público, há doutrina e jurisprudência do Tribunal de Contas da União no sentido de que a vigência do contrato poderá exceder ao crédito orçamentário.

Tribunal Pleno
6ª Sessão Ordinária – 21/03/2018

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de denúncia apresentada pela Empresa Policard Systems e Serviços S.A. em face do edital referente ao Pregão Presencial nº 109/2016, deflagrado pelo Município de Uberaba, por intermédio da Secretaria Municipal de Administração, tendo por objeto a contratação de empresa especializada para prestar serviços técnicos de confecção e fornecimento de cartões eletrônico/magnético com chip de segurança para alimentos “*in natura*” aos servidores públicos, no valor de R\$154.737.000,00 (cento e cinquenta e quatro milhões, setecentos e trinta e sete mil reais).

Em 12/09/2016, a presente Representação foi redistribuída ao Conselheiro Gilberto Diniz, tendo em vista esta relatoria encontrar-se de licença médica.

Assim, como medida de instrução processual, o então relator determinou a intimação da Sra. Eclair Gonçalves Gomes, Secretária Municipal de Administração de Uberaba, autoridade competente e subscritora do edital do Pregão Presencial nº 109/2016, para que, no prazo de quarenta e oito horas: a) informasse o estágio em que se encontrava o mencionado processo licitatório; b) encaminhasse a esta Corte de Contas toda a documentação relativa às fases interna e externa do certame; e c) prestasse os esclarecimentos necessários à elucidação dos fatos denunciados.

Em cumprimento à determinação desta Corte, foi encaminhada a documentação de fls. 62/730, que foi enviada ao Órgão Técnico para exame, no prazo de 03 (três) dias.

A Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação procedeu ao exame da denúncia às fls. 733/739, considerando improcedentes os fatos denunciados, à exceção do prazo contratual de 36 (trinta e seis) meses, previsto no edital.

Em seguida, os autos foram remetidos ao Ministério Público junto a este Tribunal de Contas, que se manifestou preliminarmente pela citação dos responsáveis, às fls. 743/744.

Redistribuídos os autos a esta relatoria, em exame preliminar, fls. 741/742, verifiquei que o único apontamento que em tese poderia ensejar a instauração do contraditório e da ampla defesa – prazo contratual de 36 (trinta e seis) meses – encontra amparo na doutrina e jurisprudência do Tribunal de Contas da União, razão pela qual entendi não restar caracterizada a irregularidade e indeferi o requerimento ministerial pela citação dos responsáveis, encaminhando os autos para emissão de parecer conclusivo.

O *Parquet* de Contas, por sua vez, agravou a decisão interlocutória desta relatoria que indeferiu seu requerimento, fls. 747/750v, Agravo nº 997567,

Em suma, sustentou o ilustre Procurador que existindo indício de irregularidade, consoante dispõe o artigo 307 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas, seria obrigatória a abertura do contraditório e da ampla defesa aos responsáveis.

Em 14/02/2017, por um equívoco na elaboração do voto por esta relatoria, o presente recurso foi submetido à apreciação da Segunda Câmara, que, por unanimidade, no mérito, negou provimento ao agravo, mantendo a decisão agravada.

O agravante, ao ter ciência da decisão proferida pela Segunda Câmara, constatou a ocorrência de vício de competência na apreciação do recurso e interpôs novo Agravo (nº 1024270) requerendo a nulidade da decisão proferida por aquele colegiado, haja vista o valor da contratação objeto da Denúncia nº 986991 ser superior a R\$150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais), cabendo ao Tribunal Pleno o julgamento.

Em 26/10/2017, o Agravo nº **1024270** foi submetido à apreciação da Segunda Câmara, que, em juízo de retratação, decidiu pela nulidade da decisão proferida em 14/02/2017.

Ato contínuo, em 29/11/2017, os autos de Agravo nº **997567** foram apreciados pelo Tribunal Pleno, que negou provimento ao recurso e manteve a decisão recorrida pelo indeferimento do requerimento ministerial.

Intimado o *Parquet* de Contas desta decisão, vieram os autos conclusos a esta relatoria.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

A denunciante se insurge contra as exigências de comprovação da qualificação econômico-financeira previstas nos subitens 7.1.4.4 e 7.1.4.7 do edital, que fixam, respectivamente, o percentual do índice de endividamento geral e o patrimônio líquido mínimo. Sustenta que, além de o índice adotado (menor ou igual a 0,80) não ser apropriado para a prestação de serviço em questão, o edital de licitação extrapola ao exigir, cumulativamente, a comprovação de 10% (dez por cento) do patrimônio líquido do participante, porquanto, no seu entendimento, tal fato inibe a participação de eventuais interessados e prejudica a competição.

Aduz, ainda, ser descabida a exigência de garantia de pagamento aos estabelecimentos credenciados, pois já seria realizado pelas empresas administradoras de benefícios.

Alega, por fim, não ser usual, para esse tipo de objeto pactuado, a estipulação de prazo de vigência em 36 (trinta e seis) meses, devendo ser analisada a razão pela qual foi contemplado período de duração tão extenso.

Diante dos fatos narrados, requer desta Corte a concessão de medida liminar, com a suspensão imediata do procedimento licitatório, ou, alternativamente, a concessão de medida cautelar “menos incisiva” para determinar à denunciada que se abstenha de inabilitar ou desclassificar os participantes em virtude da exigência relacionada ao I.E.G. (índice de endividamento geral), na hipótese de apresentação do patrimônio líquido. No mérito, pleiteia o acolhimento da denúncia, para o fim de declarar “a nulidade da cláusula editalícia que limita o I.E.G. em menor ou igual a 0,80 ampliando para até 0,90, e que seja aceito, caso necessário, outras alternativas para qualificação econômico financeira, até mesmo a inclusão de garantia contratual. Solicita, ao final, que seja analisada a necessidade de celebração de contrato pelo prazo de 36 (trinta e seis) meses, bem como as devidas dotações orçamentárias.

Inicialmente, considero prejudicado o exame das preliminares arguidas pela denunciante, haja vista os autos estarem maduros para serem apreciados meritariamente.

O Órgão Técnico, em exame dos autos e dos esclarecimentos iniciais prestados pela Secretária Municipal de Administração, às fls. 733/739, afastou as irregularidades apontadas na denúncia, à exceção do apontamento referente ao prazo do contrato previsto no edital, de 36 (trinta e seis) meses, nos seguintes termos:

4.1 – DO ÍNDICE DE ENDIVIDAMENTO GERAL

Aduz a denunciante às fls. 01/02v:

A Administração precisa ter ciência dos riscos da contratação, uma vez que não pode, por sua própria conta avaliar, informar e decidir por determinada sociedade. O processo licitatório, no entanto, além de considerar a contratação mais vantajosa para a administração Pública em termos financeiros, não pode deixar de lado a responsabilidade de correr riscos de inadimplência trazendo prejuízos incalculáveis não só ao erário, como também à moral administrativa e aos consumidores finais do serviço contratado.

A análise financeira é tarefa bastante complexa e de fundamental importância numa sociedade moderna. Para se proceder à análise, é necessário decompor em todas as partes examinando em busca de explicações, ou de alguma característica ou anormalidade que se pretende identificar. Cada índice estabelecido no edital tem sua importância e objetivo.

Ao estipular tais índices, a Administração busca, garantindo uma concorrência entre licitantes que tenham plena capacidade de adimplir com as obrigações a serem contratadas.

[...]

O Índice de Endividamento Geral – IEG, é inapropriado para a prestação de serviço em questão, e ainda cumulativamente exige-se a comprovação de 10% (dez por cento) do Patrimônio Líquido da Licitante.

[...]

O novo edital publicado pela Prefeitura, extrapola a razoabilidade, também, na fundamentação que há risco de inadimplência; Ora, V. Exa. As empresas fornecem o crédito no cartão, emite a NFe, protocola no Município, e ainda aguarda 30 (trinta) dias para receber do Município.

O risco quem incorre são as empresas. Não o Município!

[...]

A boa saúde financeira de uma empresa, atualmente de acordo com as práticas contabilistas, pode ser realizada também através de índices de liquidez, e o edital traz esta exigência ao licitante de acordo com o mercado, através do I.L.C (índice de liquidez corrente) e I.L.G (índice de liquidez geral).

Os responsáveis pelo certame assim se justificam (fls. 63):

[...] o índice geral de endividamento foi alterado pelo Município, conforme parecer de fls. 331/333, passando para menor ou igual a 0,8, respaldando com orientação do TCE-SP de fls. 334/342 que considera razoável a fixação do índice de endividamento entre 0,3 e 0,5 para a maior parte dos segmentos da atividade econômica e mercantil.

Consta da resposta do Secretário Municipal de Finanças a impugnação administrativa apresentada pela ora licitante (fls. 406/407):

Cabe esclarecer que o índice adotado está totalmente de acordo com a legislação (Lei 8.666/93 e 10.520/02) e respeita os princípios aos quais se vincula o procedimento licitatório, inclusive os constitucionais. Tendo como exemplo o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, índice de endividamento aceito pela jurisprudência varia de 0,3 a 0,5.

No que tange aos objetos da licitação, salienta-se que o objetivo das exigências editalícias têm o intuito de garantir segurança à administração pública de que seus servidores, beneficiários do cartão, receberão os valores creditados, uma vez pretende-se comprovar com os índices exigidos, a solidez da empresa e a boa saúde financeira para cumprir a execução da integralidade do contrato.

Assim, observa-se que não há o que se falar em caráter restritivo na exigência do índice, já que o mesmo encontra-se em acordo com a legislação, os princípios e a jurisprudência.

Entretanto, em superficial busca quanto ao tema nos deparamos com o Processo TC 905.989.13-3, do Tribunal de Contas de São Paulo que, em se tratando do mesmo assunto e objeto, considerou que o índice de endividamento menor ou igual a 0,6, no caso do mercado de empresas de fornecimento de cartão de alimentação, demonstrava-se inadequado, uma vez que, na oportunidade, a recorrente comprovou que as cinco maiores empresas do setor não seriam aptas a cumprir tal exigência editalícia. Na oportunidade, o Tribunal decidiu por solicitar ao município que adequasse o edital ao índice de endividamento geral menor ou igual a 0,8, conforme pode ser observado na decisão em anexo.

Desta forma, com base na referida decisão e nas particularidades das empresas que compõem o mercado em questão, informamos que esta Secretaria não faz objeção à modificação no referido índice, modificando a exigência de menor ou igual a 0,5 para menor ou igual 0,8.

2 – A empresa POLICARD alega que a justificativa para os índices contida no edital “não é nem um pouco plausível”. Quanto a este fato esclarecemos que a mesma está de acordo com a Lei 8.666/93, sendo amplamente utilizada em processos licitatórios em todo o território nacional.

ANÁLISE

Estabelece o edital retificado (fls. 510/511):

7.1.4.4 - A boa situação financeira do licitante será feita de forma objetiva, mediante cálculo de índices contábeis resultantes da aplicação das fórmulas abaixo:

I.L.C. \geq 1,00 (Índice de Liquidez Corrente);

I.L.G. \geq 1,00 (Índice de Liquidez Geral);

I.E.G. \leq 0,80 (Índice de Endividamento Geral).

Tais índices serão obtidos pela aplicação das seguintes fórmulas:

I.L.C. = AC/PC ;

I.L.G. = $(AC + RLP) / (PC + ELP)$;

I.E.G. = $(PC + ELP) / AT$.

Sendo:

AC = Ativo Circulante;

PC = Passivo Circulante;

RLP = Realizável a Longo Prazo;

ELP = Exigível a Longo Prazo;

AT = Ativo Total;

EG = Endividamento Geral.

JUSTIFICATIVA DOS ÍNDICES:

A Administração precisa ter ciência dos riscos da contratação, uma vez que não pode, por sua própria conta avaliar, informar e decidir por determinada sociedade. O processo licitatório, no entanto, além de considerar a contratação mais vantajosa para a Administração Pública em termos financeiros, não pode deixar de lado a responsabilidade de correr riscos de inadimplência trazendo prejuízos incalculáveis não só ao erário, como também à moral administrativa e aos consumidores finais do serviço contratado.

A análise financeira é tarefa bastante complexa e de fundamental importância numa sociedade moderna. Para se proceder à análise, é necessário decompor em todas as partes examinando em busca de explicações, ou de alguma característica ou anormalidade que se pretende identificar. Cada índice estabelecido no edital tem sua importância e objetivo.

Ao estipular tais índices, a Administração busca, garantindo uma concorrência entre licitantes que tenham plena capacidade de adimplir com as obrigações a serem contratadas.

7.1.4.5 - O licitante deverá demonstrar, preferencialmente em planilhas, os cálculos utilizados para obtenção dos índices exigidos no subitem 7.1.4.4;

7.1.4.6 - Caso o memorial não seja apresentado, a CPL se reserva ao direito de efetuar os cálculos;

A exigência de índices contábeis encontra respaldo no art. 31, inciso I e § 5º, da Lei nº 8.666/93, que assim estabelece:

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 encerrados há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

...

§ 5º. A comprovação da boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para a correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

Tal exigência visa selecionar os licitantes que possuem condições financeiras de suportar as obrigações e demais ônus econômicos decorrentes do futuro contrato. Embora seja perfeitamente válida a exigência de índices contábeis na licitação, deve a Administração entender que há limites para que ela seja utilizada.

Deve haver no procedimento licitatório a respectiva justificativa técnica para a escolha do índice e seu valor, não se admitindo que sua previsão no instrumento convocatório seja aleatória e desprovida de motivação.

Neste sentido, este Tribunal de Contas já se manifestou:

Representação. Justificativa na fixação do índice de liquidez. “Carlos Pinto Coelho Motta enfatiza que ‘a obrigatoriedade de o índice de liquidez ser usual no mercado, e ser motivado na fase interna do processo é prevista (...) como garantia da competição saudável e do não comprometimento do universo de licitantes’ (In “Eficácia nas Licitações e Contratos”, 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 304). Nessa linha é o pensamento do Professor Jessé Torres Pereira Júnior: ‘A fixação deste índice [de liquidez] deve ser acompanhada obrigatoriamente de justificativa, o que em grande parte irá inibir a fixação de índices altos, capazes de afastar interessados’ (...). (Representação n.º 742290. Rel. Conselheiro Simão Pedro Toledo. Sessão do dia 28/11/2007)

Licitação. Elevado índice de liquidez na contratação de serviços de terraplanagem e construção de unidades habitacionais. “(...) o índice de liquidez corrente que estabelece a relação entre o ativo e o passivo circulantes, maior ou igual a 2,0, previsto no anexo 2, item 4 do edital, é bastante elevado, significando isto que, para cada R\$1,00 de dívida de curto prazo, assumida pela empresa adjudicatária, ela terá que ter, em disponibilidades financeiras, R\$2,00. (...) inexistente nos autos a justificativa para a adoção deste índice neste patamar, conforme exigido no §5º do art. 31 da Lei n.º 8.666/93. (...) reputo serem tais exigências restritivas à ampla participação no procedimento licitatório, à vista da inexistência nos autos das justificativas pertinentes, essenciais à correta análise da finalidade e proporcionalidade desses requisitos”. (Licitação n.º 696075. Rel. Conselheiro Moura e Castro. Sessão do dia 10/05/2005)

No caso dos autos, analisando a fase interna da licitação, constata-se que o Município de Uberaba elaborou justificativa para a adoção dos índices contábeis, tendo sido verificada, ainda, em resposta a questionamento referente ao edital em tela, acima transcrita, que a estipulação do índice de endividamento geral (IEG) foi alterado de menor ou igual a 0,5 para menor ou igual 0,8, e, que tal alteração se deu fundamentada em julgado do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Considerando que, no caso em tela, o edital exigiu índice de endividamento igual ou inferior a 0,80, e que o referido índice encontra-se dentro dos parâmetros adotados nas decisões jurisprudenciais em licitações de natureza similar à licitação objeto da presente análise, entende este órgão Técnico que a cláusula editalícia é regular.

4.2 – DA EXIGÊNCIA CUMULATIVA DE PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO

Questiona a denunciante (fls. 02/02v):

O Índice de Endividamento Geral – IEG, é inapropriado para a prestação de serviço em questão, e ainda cumulativamente exige-se a comprovação de 10% (dez por cento) do Patrimônio Líquido da Licitante.

Esta exigência na forma imposta no edital, além de ser cumulativa, inibe a participação de muitos licitantes interessados em participar desta licitação e prejudica a competição.

[...]

Insta frisar, que a exigência cumulativa de Patrimônio Líquido de R\$15.473.700,00 CUMULATIVO restringe a competitividade entre os licitantes, cessa o direito de

qualquer fornecedor apto a participar do procedimento licitatório, não porque não tem capacidade financeira e outras para executar o contrato, mas porque a administração vetou a participação de empresas que não atendem o exigido. Em tempo relembramos a essa respeitável administração pública que o seu poder discricionário deve se ater estritamente ao necessário para a execução do objeto a ser contratado.

Nas justificativas apresentadas pelos responsáveis pelo certame às fls. 62/64, essa exigência não foi abordada.

Consta da resposta do Secretário Municipal de Finanças a impugnação administrativa apresentada pela ora licitante (fls. 407/408):

3 – A referida empresa, alega, ainda que a exigência de Patrimônio Líquido de 10% do valor estimado da licitação é cumulativa e restritiva à participação de algumas empresas. Nesse sentido, a Lei 8.666/93, prega que:

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;

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 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.

§ 4º Poderá ser exigida, ainda, a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação.

§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Sendo assim, observa-se que há a previsão legal das exigências de índices de qualificação econômica juntamente com o Capital Social ou Patrimônio Líquido mínimo, não cabendo revisão do referido item.

ANÁLISE

Verifica esta Unidade Técnica, pela simples leitura do art. 31, §2º da lei nº. 8.666/93, acima transcrito, que descabido o apontamento do denunciante, haja vista que perfeitamente cabível a exigência cumulativa de índices contábeis e patrimônio líquido.

4.3 – DA EXIGÊNCIA CUMULATIVA DE GARANTIA DE PAGAMENTO AOS ESTABELECIMENTOS CREDENCIADOS

Argumenta a denunciante (fls. 03/03v):

Cumulativamente exige-se ainda, que se (sic) garantia de pagamento aos estabelecimentos credenciados, o que já é realizado pelas empresas administradora de benefícios.

Todavia, a Legislação faculta o Município em exigir garantia contratual, o que não postula como obrigação na minuta contratual.

Ante a tamanha incoerência elencada no edital, cumpre nos expor as características deste fornecimento, pois este ocorrerá da seguinte forma:

- O crédito mensal deverá ser realizado após solicitação da Prefeitura/Secretarias;
- A empresa fornecedora, libera os créditos nos cartões dos servidores, emite a nota fiscal de acordo com o valor solicitado e envia para a Prefeitura aprovar e efetuar o pagamento;
- O pagamento dos serviços será feito em até 30 (trinta) dias corridos, a contar da entrega da nota fiscal no setor competente, após conferida, aceita e processada pelo órgão fiscalizador do contrato, e desde que comprovado o cumprimento dos deveres e obrigações previstos no edital – Item XVII – 12.1, 12.2, 12.3;

[...]

Nota-se que, se, a relação fosse o inverso, onde a Prefeitura pagaria para depois receber os créditos, seria até prudente que esta se cercasse de exigências para garantir que os serviços fossem entregues, ou seja, como acontece em algumas prestações de serviços e obras de engenharia onde a Administração Pública realiza pagamentos fracionados para futura entrega de uma obra. MAS NÃO É O CASO!

Nenhuma justificativa quanto ao item ora questionado consta dos autos.

ANÁLISE

Este Órgão Técnico não identificou no instrumento convocatório a exigência ora questionada. Diante do que, descabido o apontamento em comento.

4.4 – DO PRAZO DO CONTRATO

Aduz a denunciante (fl. 02 e 04v):

Nota-se que a contratação visa celebrar um contrato para 36 (trinta e seis) meses, o que não é usual, e sinceramente nos causa estranheza também.

[...]

E pautar as exigências em índices (Índice de Endividamento Geral), que trazem a baila, números de exercício passado, qual seja, o ano de 2015, não é garantia da futura entrega,

ainda por 36 (trinta e seis) meses. Motivo, o qual deve ser analisado a razão de contratar por período tão extenso.

Justificam-se os responsáveis pelo certame (fls. 63/64):

Em relação ao questionamento do prazo de vigência contratual de 36 (trinta e seis) meses, tem-se que a Secretaria de Administração já justificou mencionada indagação da denunciante em fl. 128 ao destacar:

“O procedimento para contratação do serviço, dado ao vultuoso valor do processo é trabalhoso e demorado (iniciou-se em 09/03/2016), estando estimada por conta da contratada a emissão de até 9.000 cartões magnéticos com chip, além, de ter que apresentar uma carteira de clientes composta de no mínimo 150 estabelecimentos no município, justificando assim a opção de estender o termo do contrato para 36 meses, para que o custo-benefício por cartão seja diluído, propiciando um menor custo da taxa de administração por parte dos licitantes. Assim, a decisão se norteia pelos princípios da razoabilidade e economicidade tão sonhados e buscados por gestores públicos comprometidos com as causas públicas e sociais”.

ANÁLISE

Estabelece o edital (fl. 504):

2.1.5 – O prazo do contrato será de 36 (trinta e seis) meses, podendo ser prorrogado até o limite de 60 (sessenta) meses, com início a partir da assinatura do Termo de Contrato.

Primeiramente, convém deixar claro que o serviço de fornecimento de cartões de alimentação trata-se de serviço contínuo, o que pode ser ratificado através de manifestação desta Corte de Contas:

[Fornecimento de alimentação. Serviço de caráter contínuo] (...) embora omissa a legislação de regência, predomina, na doutrina, entendimento segundo o qual a natureza jurídica do fornecimento de alimento é de prestação de serviços e não de compra. (...) Logo, não devemos confundir compras de natureza ininterrupta com serviços de caráter contínuo, pois os contratos destes, ao contrário dos daquelas, que têm prazo de vigência limitados aos respectivos exercícios financeiros (art. 57, *caput*), podem ser celebrados por períodos superiores (Lei nº 8.666/93, art. 57, II). (...) Este tipo de serviço, para efeito da legislação de licitação e contratos (Lei nº 8.666/93), enquadra-se nos contratos de execução continuada, que admite a prorrogação por iguais e sucessivos períodos até o limite máximo de 60 meses (art. 57, II) desde que prevista expressamente no termo de ajuste, justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente (§ 2º, art. 57), (...) (Consulta n. 678606. Rel. Cons. Moura e Castro. Sessão do dia 13/08/2003).

(<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1388.pdf>)

Compulsando-se a Lei de Licitações, tem-se que no seu artigo 57 foi estabelecido que:

A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

I – aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados, se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório;

II – à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, limitada a sessenta meses;

...

A Lei de Responsabilidade Fiscal também dispõe sobre a matéria:

Art. 15. Serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam ao disposto nos arts. 16 e 17.

Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes;

II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o Plano Plurianual e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias.

§ 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se:

I - adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício;

II - compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições.

Entende-se que o prazo de vigência estabelecido no subitem 2.1.5 do edital extrapola os comandos das citadas leis, tendo o dispositivo estabelecido o prazo de 36 (trinta e seis) meses. Como é admitida pela Lei a prorrogação por 60 (sessenta) meses em caso de contratação de serviço contínuo, onde se encaixa o objeto deste certame, não há porque o prazo de vigência alcançar 36 meses, como estipulado.

Observe-se que a vigência do contrato (ou duração do contrato) está vinculada ao crédito orçamentário - exercício financeiro orçamentário, conforme disposto no artigo 57, caput, da Lei 8.666/93.

O Tribunal de Contas da União, conforme Acórdão nº 222/2006 - Plenário;

...a licitação será feita para o prazo de um ano, em face da obrigação de se observar o orçamento existente e vigente, limitador do prazo definido no certame.

...

As contratações de serviços de natureza continuada, que poderão ter prazo de vigência estendido até o limite de 60 meses, também são feitas para o período de um ano, em função da observância obrigatória da prévia existência de créditos orçamentários, mediante confronto com o orçamento anual.

À primeira vista, somente os contratos enquadráveis no caput do art. 57 estariam com a vigência adstrita ao respectivo crédito orçamentário, o que não ocorreria nas "exceções" listadas nos incisos a seguir. No entanto, diante do comando constitucional que veda a assunção de obrigações sem crédito orçamentário, o art. 57 fixa que o prazo do contrato

deverá estar limitado à vigência do crédito orçamentário, mas em casos especiais, poderá ter sua duração prorrogada.

Veja-se a lição de Marçal Justen Filho¹, discorrendo sobre o artigo 57 da Lei de Licitações:

Mas a superveniência da Lei de Responsabilidade Fiscal (e das sanções pelo descumprimento dos deveres ali consagrados) tem conduzido à prevalência de que a contratação submetida ao regime do art. 57, II, deve observar os limites da vigência dos créditos orçamentários. Segundo esse enfoque, promove-se a contratação com prazo de vigência até o término do exercício. Ao início do exercício subsequente, formaliza-se a renovação. E assim sucessivamente até se atingir a sessenta meses (sendo irrelevante a exigência de que a renovação seja feita por períodos “iguais”).

Assim, ao final do prazo determinado inicialmente no contrato, ou seja, correspondente à vigência do respectivo crédito orçamentário, portanto em 12 (doze) meses, o administrador estará autorizado a prorrogar o contrato, com o mesmo contratado e nas mesmas condições fixadas no ajuste inicial, sem necessidade de se proceder nova licitação.

Tem-se também a lição do Prof. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes² a respeito da duração do contrato de prestação de serviços executados de forma contínua:

À toda evidência, a Constituição não autoriza a assinatura do contrato, mesmo no caso de serviço de execução continuada, por mais do que, no máximo doze meses, deixando evidente que o limite máximo é o respectivo crédito orçamentário ou adicional

O inc. II do art. 167 transcrito, porém, não acarreta a inconstitucionalidade do art. 57, inc. II da Lei 8.666/93. Cabe ao intérprete a tarefa de harmonizar a legislação infraconstitucional com o alicerce fundamental do Direito Positivo pátrio.

Ensina o mestre maior da hermenêutica, Carlos Maximiliano, que não se encontra um princípio isolado, em ciência alguma; acha-se cada um em conexão íntima com outros.’

Qualquer interpretação do art. 57, inc. II, da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, deve resultar em um contrato limitada a vigência do crédito orçamentário. O que o legislador infraconstitucional autoriza são as sucessivas prorrogações, sempre, porém, com respeito àquele princípio insculpido na Constituição Federal.

Atendendo aos princípios que regem as contratações pela Administração Pública, economicidade, razoabilidade, proporcionalidade e legalidade, além da própria vinculação ao exercício orçamentário anual, é importante delimitar, em regra, aos contratos administrativos a vigência de um ano, uma vez que isto possibilitará, no momento das prorrogações contratuais, verificar (1) se as condições anteriormente estabelecidas na proposta da licitação estão em consonância com o interesse público, (2) se há preços mais atraentes que justifiquem a deflagração de outra licitação, (3) se há

¹ JUSTEN FILHO, Marçal in “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 14ª Ed., Dialética, São Paulo, 2010, p. 727.

² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. “A duração dos contratos de prestação de serviços serem executados de forma contínua”. in Boletim de Licitações e Contratos Administrativos, n.º 02, NDJ, 1996, São Paulo.

outras possibilidades técnicas melhores que possam suprir a necessidade da Administração Pública.

Nesse sentido, este Órgão Técnico entende que o item 2.1.5 do edital e a Cláusula II, subitem 2.1 da Minuta do Contrato, Anexo VI (fl. 532), são irregulares, devendo a vigência estar adstrita ao prazo de 01 (um) ano, podendo ter prorrogações sucessivas com fulcro no artigo 57, II, da Lei 8.666/93 desde que vantajosa para a municipalidade.

Ratifico o posicionamento adotado pela Unidade Técnica nos itens **4.1, 4.2 e 4.3**.

Quanto ao único apontamento considerado procedente no relatório ora transcrito, analisado no item **4.4**, divirjo do entendimento adotado.

Segundo a Unidade Técnica, em que pese tratar-se de serviço contínuo, a vigência contratual deve ficar adstrita ao prazo de 1(um) ano, podendo ser prorrogado sucessivamente, nos termos previstos no artigo 57, inciso II, da Lei Federal nº 8666/93, desde que seja vantajosa para a municipalidade.

Não obstante, cabe aqui trazer entendimento existente na doutrina e jurisprudência do Tribunal de Contas da União, no sentido de que, excepcionalmente, no caso de prestação de serviços contínuos, e desde que devidamente motivada pela Administração a vantajosidade para o interesse público, haveria possibilidade de esse prazo extrapolar os 12 (doze) meses estabelecidos na Lei de Licitações.

Marçal *Justen Filho*³ assim se posicionou acerca dessa questão:

A regra da prorrogabilidade não se vincula à importância do serviço, mas à previsibilidade da existência de recursos orçamentários para seu futuro custeio. Lembre-se que o dispositivo do art. 57 vincula-se à disciplina orçamentária. Um serviço contínuo, relacionado com uma necessidade permanente e renovada, poderá ser contratado com previsão de prorrogação porque se presume que sempre haverá inclusão de verbas para sua remuneração no futuro. Logo, é perfeitamente possível que um serviço contínuo não apresente maior essencialidade – tal como se passa, sob certo ângulo, com o serviço comum de limpeza.

Por outro lado e na medida em que a necessidade a ser atendida é permanente, torna-se muito problemático interromper sua prestação, risco que poderia ser desencadeado se houvesse necessidade de promover licitação a cada exercício orçamentário.

(...)

A adoção da regra relaciona-se com dois motivos preponderantes. O primeiro consiste na inconveniência da suspensão das atividades de atendimento ao interesse coletivo. A demanda permanente de atuação do particular produziria uma espécie de trauma na transição de um contrato para outro. Se a contratação fosse pactuada por períodos curtos, haveria ampliação do risco de problemas na contratação posterior. Isso significaria, ademais, o constrangimento à realização de licitações permanentemente. O encerramento de uma licitação seria sucedido pela instalação de outra, destinada a preparar a

³ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 16ª edição, pg. 950/951.

contratação subsequente. Acabaria por multiplicar-se o custo da Administração: seria necessário departamento encarregado exclusivamente de realizar licitações para aquele objeto. Ademais, os serviços prestados de modo contínuo teriam de ser interrompidos, caso fosse vedada a contratação superior ao prazo de vigência dos créditos orçamentários. Isso importaria sério risco de continuidade da atividade administrativa.

O segundo motivo é o da previsibilidade de recursos orçamentários. Em se tratando de serviços contínuos, presume-se que sempre existirão recursos orçamentários para a cobertura das despesas correspondentes. **Portanto, até se poderia promover a contratação por um período superior à vigência do crédito orçamentário, já que o orçamento do exercício subsequente contemplaria verbas para tanto.** (grifo nosso)

O Tribunal de Contas da União, no Acórdão 490/2012, Plenário, Relatoria do Ministro Valmir Campelo, assim firmou seu entendimento:

(...) 6. Quanto ao prazo de duração do contrato, a lei não veda que os contratos de serviços continuados possam ser celebrados por prazo superior a 12 meses, o que, a princípio, permite que seja firmado por 24 meses. Contudo, existe jurisprudência no sentido de que, em observância ao que estabelece o dispositivo supracitado, os contratos de serviço de natureza continuada não devem ter prazo de vigência superior à 12 meses, de forma que as prorrogações sejam precedidas de avaliação técnica e econômica, que demonstrem as vantagens e o interesse da Administração em manter a contratação (acórdãos 1.467/2004 – 1ª Câmara, 1.626/2007 – Plenário, 1.259/2010 – Plenário, 5.820/2011 – 2ª Câmara). 7. Assim, considerando que a regra é a contratação por prazo de 12 meses, com sucessivas prorrogações, **a contratação por prazo maior de 12 meses somente deve ser adotada em casos justificados, onde fique demonstrado o benefício advindo desse ato para a Administração**” (grifo nosso)

De acordo com o relatório técnico, fl. 737v, a administração justificou o prazo contratual previsto no edital, nos seguintes termos:

O procedimento para contratação do serviço, dado ao vultoso valor do processo é trabalhoso e demorado (iniciou-se em 09/03/2016), estando estimada por conta da contratada a emissão de até 9.000 cartões magnéticos com chip, além de ter que apresentar uma carteira de clientes composta de no mínimo 150 estabelecimentos no município, justificando assim a opção de estender o termo do contrato para 36 meses, para que o custo-benefício por cartão seja diluído, propiciando um menor custo da taxa de administração por parte dos licitantes. Assim, a decisão se norteia pelos princípios da razoabilidade e economicidade tão sonhados e buscados por gestores públicos comprometidos com as causas públicas e sociais.

Assim, tendo em vista a existência de doutrina e jurisprudência do TCU no sentido de que, excepcionalmente, tratando-se de serviço contínuo e desde que devidamente justificada pela Administração a vantajosidade para o interesse público, a vigência do contrato poderá exceder ao crédito orçamentário, considero improcedente o questionamento da denunciante.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, considero improcedentes os fatos denunciados e determino a extinção dos autos com resolução de mérito e seu arquivamento, nos termos do disposto no artigo 176, inciso I c/c parágrafo único do artigo 305, da Resolução nº 12/2008.

Cumram-se as medidas regimentais pertinentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros do Tribunal Pleno, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas no voto do Relator, em julgar improcedentes os fatos denunciados e declarar a extinção do processo com resolução de mérito e seu arquivamento, nos termos do disposto no artigo 176, inciso I, c/c parágrafo único do artigo 305, da Resolução nº 12/2008, cumpridas as medidas regimentais pertinentes.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Gilberto Diniz, o Conselheiro Substituto Hamilton Coelho, o Conselheiro Sebastião Helvecio e o Conselheiro Mauri Torres. Declarada a suspeição do Conselheiro Wanderley Ávila.

Presente à sessão a Procuradora Sara Meinberg.

Plenário Governador Milton Campos, 21 de março de 2018.

CLÁUDIO COUTO TERRÃO
Presidente

JOSÉ ALVES VIANA
Relator

(assinado eletronicamente)

jc/rp/ms

CERTIDÃO

Certifico que a **Súmula** desse **Acórdão** foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas de ___/___/____, para ciência das partes.

Tribunal de Contas, ___/___/____.

**Coordenadoria de Sistematização, Publicação
das Deliberações e Jurisprudência**