

VARGAS D'AVILA

ILUSTRÍSSIMO SENHOR JORGE LUIZ CAMAFORTO, PREGOEIRO DA FUNDAÇÃO SANTO ANDRÉ

PREGÃO PRESENCIAL Nº 004/2016

GREEN CARD S/A – REFEIÇÕES, COMÉRCIO E SERVIÇOS, pessoa jurídica de direito privado, com endereço à Rua Largo Visconde do Cairu, n.º 12, salas 701, 904, 905 e 1001, 10º andar, CEP: 90.030-110, Bairro Centro, no Município de Porto Alegre/RS, neste ato representada por seu procurador signatário, vem, mui respeitosamente à presença de Vossa Senhoria, apresentar

IMPUGNAÇÃO AO ATO CONVOCATÓRIO

do Pregão Presencial nº 004/2016 promovido pela Fundação Santo André, pelos fundamentos que passa a aduzir:

1. FATO QUE ENSEJA A APRESENTAÇÃO DE IMPUGNAÇÃO

A empresa impugnante atua há mais de 25 (vinte e cinco) anos no segmento de benefícios alimentação e refeição, fazendo parte de um grupo empresarial com ampla credibilidade na região sul do país.

Após análise do Edital e dos respectivos anexos do Pregão Presencial n.º 004/2016, a empresa impugnante constatou a existência de irregularidade em um de seus dispositivos, razão pela qual vem apresentar a presente impugnação ao ato convocatório, consoante dispõe o artigo 41 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993 – Lei de Licitações Contratos Administrativos –, e o artigo 18 do Decreto n.º 5.450/05.

2. FUNDAMENTOS

2.1. FATO NOVO – DA ATUAÇÃO COMO INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO

VARGAS D'AVILA

Insta sinalar que o escopo da presente impugnação é evitar que ocorra restrição desnecessária no presente procedimento licitatório de empresas que possuam plenas condições de cumprir com uma futura contratação junto a esta fundação, como é o caso da sociedade impugnante.

O Pregão Presencial objeto da presente impugnação tem como escopo a contratação de empresa especializada para prestação de serviços na administração e gerenciamento de fornecimento de vales-refeição na forma de cartão eletrônico com chip de segurança para os funcionários da Fundação Santo André.

Salientamos que as empresas que atuam no ramo de benefícios alimentação e refeição, como é o caso da sociedade impugnante, atualmente são consideradas Instituições de Pagamento¹ sujeitas à fiscalização do Banco Central do Brasil – BACEN, conforme inciso VI do artigo 6º da Lei n.º 12.865, de 9 de outubro de 2013:

Art. 6º Para os efeitos das normas aplicáveis aos arranjos e às instituições de pagamento que passam a integrar o Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), nos termos desta Lei, considera-se:

[...]

III - instituição de pagamento - pessoa jurídica que, aderindo a um ou mais arranjos de pagamento, tenha como atividade principal ou acessória, alternativa ou cumulativamente:

[...]

h) outras atividades relacionadas à prestação de serviço de pagamento, designadas pelo Banco Central do Brasil;

[...]

VI - moeda eletrônica - recursos armazenados em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento.

Todas as empresas que atuam sob a forma de Instituição de Pagamento que emitam moeda eletrônica, como é o caso da Green Card, empresa que emite cartão de vale-refeição, conforme visto acima, devem constituir fundo líquido que assegure as operações por elas efetivadas.

¹ Instituição de pagamento (IP) é a pessoa jurídica que viabiliza serviços de compra e venda e de movimentação de recursos, no âmbito de um arranjo de pagamento, sem a possibilidade de conceder empréstimos e financiamentos a seus clientes. As instituições de pagamento possibilitam ao cidadão realizar pagamentos independentemente de relacionamentos com bancos e outras instituições financeiras. Com o recurso financeiro movimentável, por exemplo, por meio de um cartão pré-pago ou de um telefone celular, o usuário pode portar valores e efetuar transações sem estar com moeda em espécie. Fonte: <http://www.bcb.gov.br/pre/composicao/instpagamento.asp>

VARGAS D'AVILA

Tal fundo, na data atual, deve corresponder 40% (quarenta por cento) do saldo das moedas eletrônicas de sua emissão, sendo que até o ano de 2019 esta garantia será de 100% (cem por cento) sobre este saldo, consoante determinação da Circular n.º 3.681, de 4 de novembro de 2013, com redação dada pela Circular n.º 3.705, de 24 de abril de 2014, ambas expedidas pelo BACEN:

Art. 12. As instituições emissoras de moeda eletrônica devem manter recursos líquidos correspondentes aos saldos de moedas eletrônicas mantidas em contas de pagamento, acrescido dos saldos de moedas eletrônicas em trânsito entre contas de pagamento na mesma instituição de pagamento.

[...]

§ 9º A alocação dos recursos de que trata o caput deve ser realizada observando os seguintes percentuais sobre os saldos de moeda eletrônica:

I - 20%, a partir de 5 de maio de 2014;

II - 40%, a partir de 1º de janeiro de 2016;

III - 60%, a partir de 1º de janeiro de 2017;

IV - 80%, a partir de 1º de janeiro de 2018; e

V - 100%, a partir de 1º de janeiro de 2019.

Percebe-se, assim, que a empresa impugnante atua sob a forma de Instituição de Pagamento possuindo plena garantia de suas operações, o que se dá pela constituição de fundo, conforme disposto assim, que em um curto período será de 100% (cem por cento), não havendo, assim, qualquer risco à administração pública que com ela firmar contratos.

Ademais, a própria fiscalização realizada pelo BACEN constitui-se como uma forma adicional de garantia da empresa impugnante, haja vista que deverá sempre atender as exigência imposta por tal órgão, de modo a manter a sua confiabilidade e liquidez.

Destarte, verifica-se que não há necessidade de se requerer índice de tão baixo de endividamento, qual seja, igual ou inferior a 0,80 (zero vírgula oitenta), como forma de garantia à participação da licitação em tela, haja vista que a sociedade impugnante já apresenta a garantias suficientes de suas operações, sendo, portanto, tal imposição excessiva.

2.2. DA NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DO ÍNDICE DE ENDEVIDAMENTO AO PARÂMETRO COMPATÍVEL COM O SEGMENTO DE MERCADO

VARGAS D'AVILA

O ato convocatório do Pregão Presencial nº 004/2016 ao impor índice de endividamento igual ou inferior a 0,80 (zero vírgula oitenta) às empresas que pretendem participar do mencionado certamente, como forma de garantir a boa situação econômica-financeira destas, ofende diretamente os ditames trazidos pela Lei de Licitações, as orientações doutrinária e as jurisprudências acerca da matéria, assim como restringe a participação de empresas sólidas que atual no ramo de cartões vale-refeição, como é o caso da empresa impugnante.

Ademais, o item acima referido cria óbice à realização da disputa, limitando o leque da licitação a determinados fornecedores, além de representar risco de dano ao erário, haja vista a possibilidade da administração adquirir produtos inadequados para os fins desejados.

O processo licitatório e a administração pública em geral somente podem atuar de modo vinculado aos ditames legais. É o que se chama de observância do princípio da legalidade. Em que pese esteja a administração pública incumbida do chamado poder discricionário, este não é de total liberdade, ou seja, a discricionariedade implica necessariamente em liberdade de atuação dentro dos limites impostos pela legislação.

Assim, a discricionariedade administrativa para impor limites e condições à habilitação em processos licitatórios vem acompanhada dos limites legais, cuja previsão encontra-se expressa na Legislação das Licitações:

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

[...]

§ 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.

Conforme o parágrafo acima grifado, a administração pública poderá exigir no ato convocatório a comprovação da boa situação financeira da empresa que pretende se habilitar em processo licitatório. Contudo, tal exigência não poderá ser determinada sem que haja a competente fundamentação, assim como não poderá ser determinada quando se

exigir índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

Destarte, percebe-se que a administração pública deve necessariamente obedecer as duas disposições constantes no § 5º do artigo 31 da Lei de Licitações, utilizar índices e valores compatíveis aos usualmente adotados e fundamentar tal exigência.

No caso em tela, o instituto licitante fixou índice contábil de endividamento muito baixo para o seguimento que, conforme descrito acima, está sendo regulamentado pelo BACEN. Tal índice foge da realidade que está sendo enfrentada pelas empresas que atuam no ramo de benefício alimentação e refeição.

Há de se excluir dessa realidade algumas empresas pertencentes a grandes grupos econômicos internacionais (Sodexo e outros). Neste caso, o direcionamento para esses Grupos seria incompatível com os princípios licitatórios e até mesmo improbidade administrativa, através da restrição – discricionária – imposta pela atribuição de um índice incompatível com a grande maioria das empresas do ramo (uma vez que agora sofrem a fiscalização do BACEN).

Ademais, não restou claramente justificável a razão que motivou a imposição de tal índice, o que claramente afronta o disposto na Lei de Licitações, conforme determinação do § 5º do seu artigo 31.

A aplicação de tal índice, além de ser completamente incompatível com o que dispõe a Legislação das Licitações, compromete a boa aplicação do princípio da isonomia e da competitividade no certame em tela. O processo de licitação pública deve assegurar a igualdade de condições a todos os concorrentes, inclusive o artigo 3º² da Lei de Licitações dispõe expressamente que o procedimento licitatório visa a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que:

² Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

VARGAS D'AVILA

As regras do procedimento licitatório devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo a administração e aos interessados no certame, possibilitem a participação do maior número de concorrentes, a fim de que seja possibilitado se encontrar, entre várias propostas, a mais vantajosa. (MS 5.606/DF, Rel. Min. José Delgado).

Também, a lição de Luis Carlos Alcoforado reforça o entendimento de que a qualificação econômico-financeira deve ser definida diante do caso em concreto, sob pena de se restringir a competitividade:

Com margem certa de convicção, diz-se que, dos quatro grupos que compõem a habilitação, o da qualificação econômico-financeira, mesmo que pequena a margem de discricionariedade, oferece à Administração o poder de estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, exigências referendadas no seu talante, especialmente no que toca ao arbitramento do capital mínimo, de patrimônio líquido mínimo e da modalidade de garantia entre as que o Estatuto permite.

Decorre desse poder, cujo exercício somente se legitima se albergado por razões e justificativas de ordem técnica, a importância de maior fiscalização, evitando-se, conseqüentemente, a adoção de índices, inobstante não excederem os limites fixados na Lei, os quais tenham manifesta disposição de frustrar o caráter competitivo da licitação.

A aplicação de tal índice também não satisfaz de forma concreta o interesse público, haja vista que dificulta e restringe a participação de empresas sérias e solventes como a impugnante, com a imposição de garantia impertinente e exagerada, que foge ao previsto pela própria Constituição Federal de 1988 em seu artigo 37, inciso XXI:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifo nosso).

Este é o entendimento manifestado pelo Tribunal de Contas da União, quando do julgamento do processo n.º 008.109/2008-3:

VARGAS D'AVILA

REPRESENTAÇÃO. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO. ANULAÇÃO DO CERTAME. DETERMINAÇÕES. COMUNICAÇÕES.

1. Não é lícita, em processo de licitação, a exigência da chamada "carta de solidariedade", uma vez que restringe o caráter competitivo do certame.
2. No certame licitatório, os documentos que podem ser exigidos quanto à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e prova de cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal estão adstritos àqueles previstos nos artigos 27 a 31 da Lei nº 8.666/1993.
3. O edital de licitação somente poderá exigir qualificações técnicas e econômicas que sejam indispensáveis à garantia do cumprimento da obrigação.

Cumpre salientar, que a saúde financeira da empresa impugnante é notória, haja vista que possui mais de 20 (vinte) anos de atuação no ramo de benefício alimentação e refeição, sempre desempenhando as suas atividades de forma íntegra, bem como possui vários contratos assumidos com êxito, fatos que corroboram a necessidade de retificação do índice de endividamento imposto.

A Corte de Contas trouxe, no Informativo de Licitações e Contratos nº 077/2011, as seguintes informações acerca do julgamento da TC 023.583/2011, que envolvia uma Tomada de Preços onde foram exigidos índices não usualmente utilizados no mercado, por analogia ao objeto do pregão em questão:

Licitação de obra pública: 2 – De modo geral, para o fim de qualificação econômico-financeira só podem ser exigidos índices usualmente utilizados pelo mercado, sempre de maneira justificada no processo licitatório. Ainda na denúncia a partir da qual foi encaminhada notícia dando conta de pretensas irregularidades na Tomada de Preços 1/2010, realizada para execução do Convênio 657732/2009, firmado entre a Prefeitura Municipal de Davinópolis/GO e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – (FNDE), também foi apontada como irregular a exigência de índices de liquidez geral e liquidez corrente, bem como de grau de endividamento, não usualmente adotados para a correta avaliação da situação financeira. Instados a se pronunciar a respeito do fato, os responsáveis consignaram que, em seu entendimento, seria possível e plausível a indicação dos índices exigidos no edital para serviços de engenharia, um pouco superiores às demais categorias de serviços, estando de acordo com o disposto no art. 31, § 5º, da Lei 8.666/1993. Além disso, argumentaram que, considerando a complexidade da obra, a intenção foi de garantir o cumprimento das obrigações pela empresa contratada. Todavia, para o relator, ao contrário do afirmado pelos responsáveis, o edital não estaria em conformidade com a

VARGAS D'AVILA

legislação, em face das grandes diferenças entre os índices usualmente adotados e os exigidos das empresas participantes do certame, conforme demonstrado pela unidade técnica. Nesse contexto, destacou que, no âmbito da Administração Pública Federal, a Instrução Normativa MARE 5/1995 definiu que a comprovação de boa situação financeira de empresa oriunda de localidade onde o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - (SICAF) não tenha sido implantado, será baseada na obtenção de índices de Liquidez Geral, Solvência Geral e Liquidez Corrente. As empresas que apresentassem resultado igual ou menor do que 1,0, em qualquer dos índices referidos, deveriam, então, apresentar outras comprovações e garantias. **No caso examinado, observou-se que as exigências editalícias de índices maiores ou iguais a 5 (cinco) estavam muito superiores ao parâmetro normativo. Do mesmo modo, o grau de endividamento previsto no edital, menor ou igual a 0,16, estaria distante do índice usualmente adotado, que varia de 0,8 a 1,0. Além disso, em qualquer caso, ainda conforme o relator, seria obrigatório justificar, no processo licitatório, os índices contábeis e valores utilizados, o que não foi realizado.** Por conseguinte, por essa e por outras irregularidades, votou pela aplicação de multa aos responsáveis, no que foi acompanhado pelo Plenário. Acórdão n.º 2299/2011-Plenário, TC-029.583/2010-1, rel. Min.-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 24.08.2011. (grifo nosso).

É cediço que os índices não refletem a mesma situação financeira quando confrontado com segmentos distintos da atividade econômica. Uma empresa que tenha feito vultoso investimento e, portanto, tenha aumentado sua capacidade e porte, terá, como consequência, a brusca redução de seus índices, nada obstante tenha aumentado seu porte. Por essa razão, a eleição do índice deverá ser feita com razoabilidade.

A avaliação da capacidade de cumprimento das obrigações não pode restringir-se tão somente à análise de índices; a aferição da capacidade de uma empresa deve permear outros fatores que, estes sim, impactam diretamente na capacidade de adimplir suas obrigações (econômico-financeira e técnica): sua estrutura; pessoal; contratos anteriores (atestados de capacidade técnica); demonstração de resultados; capital social; patrimônio líquido; etc.

Deve o instituto licitante adotar índice que possa ser considerado confiável e que, ao mesmo tempo, possibilite a participação de um número razoável de empresas integrantes do mercado, no intuito de atingir um grau máximo de certeza junto a um risco mínimo à contratação.

A fim de demonstrar a ocorrência do que aqui estamos tentando elucidar, colacionamos trechos do voto do Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São

VARGAS D'AVILA

Paulo Dimas Eduardo Ramalho proferido no julgamento de caso análogo ao presente (íntegra da decisão encontra-se anexa):

No que tange ao índice de endividamento, muito embora a jurisprudência desta Corte tenha considerado razoável a fixação de índice de endividamento entre 0,3 e 0,5 para a maior parte dos segmentos da atividade econômica e mercantil, tem-se que tais índices devem ser compatíveis e adequados ao ramo de atividade ou ao segmento de mercado das possíveis interessadas em participar do certame, por imposição da lei (art. 31, §5º, da Lei 8.666/93).

O Representante instruiu a peça com informações e documentos que demonstram que o grau de endividamento da maioria das empresas que atuam no segmento estão superiores ao limite de 0,60, estabelecido como condição de habilitação econômico-financeira pelo ato convocatório. (grifo nosso).

Mais adiante:

A Representante citou ainda cinco das principais empresas do setor que apresentam índices de endividamento superiores a 0,60: Green Card S.A. (0,92); Companhia Brasileira de Soluções e Serviços – Visa Vale (0,88); Bônus Brasil Serviços de Alimentos Ltda. (0,79); Planinvest Administração e Serviços Ltda. (0,69) e Ticket Serviços S.A. (0,72).

Assim, diante das peculiaridades do mercado de vales benefícios, a exigência de índice de endividamento igual ou inferior a 0,60 se revela restritiva à competitividade e não se mostra adequada à verificação da boa situação financeira das proponentes, assim entendida como aquela suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes do contrato.

Portanto, uma vez demonstrada a necessidade de a Prefeitura reavaliar o índice de endividamento exigido para fins de habilitação, tornando-o compatível com o segmento de mercado das empresas que atuam no ramo, julgo procedente a impugnação. (grifo nosso).

Por fim:

Ante todo o exposto, acompanhando os pronunciamentos unânimes da Chefia da Assessoria Técnica, MPC e SDG, **VOTO pela PROCEDÊNCIA INTEGRAL** da Representação, devendo a **PREFEITURA MUNICIPAL DE BRODOWSKI** promover a revisão do edital, para o fim de (i) definir índice de endividamento compatível com o segmento de mercado das empresas que prestam serviços relativos à emissão, administração e manutenção de cartões-alimentação, visando a ampliação da competitividade; [...]

A reformulação do edital é, portanto, medida que se impõe, em consonância com todos os aspectos desenvolvidos no corpo do voto ora proferido, com a consequente publicação do novo texto do ato convocatório

VARGAS D'ÁVILA

e reabertura do prazo legal, nos termos do artigo 21, § 4º, da Lei Federal nº 8.666/93, para oferecimento das propostas. (grifo nosso).

Insta referir que essa situação e grau e endividamento, para enquadramento da nova determinação do BACEN, será, possivelmente agravada, devida as novas exigências (Circular n.º 3.681, de 4 de novembro de 2013, com redação dada pela Circular n.º 3.705, de 24 de abril de 2014, ambas expedidas pelo BACEN).

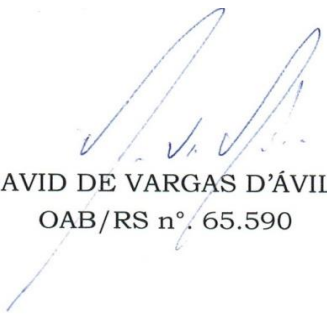
Destarte, conclui-se que a exigência de qualificação econômico-financeira na fase de habilitação das licitações deve ser feita tendo como base o caso concreto, sob pena de se restringir a competitividade e ferir o princípio da isonomia.

3. PEDIDOS

Ante todo o exposto, requer-se a retificação do Edital do Pregão Presencial nº 004/2016 promovido por este instituto, para fins de modificar o índice de endividamento exigido para igual ou inferior a 1,00 (um vírgula zero), adequando, assim, tal exigência a realidade econômica do segmento mercadológico objeto do certame, bem como alargando a possibilidade de participação de um número maior de concorrentes, sem, ao mesmo tempo, comprometer a segurança econômica no cumprimento do contrato.

Termos em que pede e espera deferimento.

São Leopoldo/RS, 26 de agosto de 2016.


DAVID DE VARGAS D'ÁVILA
OAB/RS nº. 65.590