ACO-UTR-749/2024

Processo	-	TC/009922/2021
Representante	-	Márcio Luis Pirolo
Representada	-	Associação Saúde da Família – ASF
Objeto	-	Representação interposta em face do Edital da Coleta de Preços 03/2021, cujo objeto é a contratação de empresa para a prestação de serviços de nutrição e alimentação, elaboradas nas dependências da contratada e transportada para as unidades geridas pela Associação

51ª Sessão Ordinária Não Presencial

REPRESENTAÇÃO. EDITAL. COLETA DE PREÇOS. SMS. Serviços de nutrição e alimentação. 1. As penalidades de impedimento e suspensão de licitar ou contratar com a Administração Pública, não se restringem à esfera de governo do órgão sancionador, mas projetam efeitos para todos os órgãos e entidades de todos os entes federativos. Súm. 6, TCMSP. 2. O Edital deve prever a aceitação de certidões positivas com efeito de negativas, que noticiem que os débitos certificados estão garantidos ou com sua exigibilidade suspensa. CONHECIDA excepcionalmente. IMPROCEDENTE. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos e relatados estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro EDUARDO TUMA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer, excepcionalmente, da representação, pois a instrução do processo restou plenamente concluída, com as análises técnicas efetuadas e finalizadas, além de apresentadas as manifestações de todos os interessados, esgotando a apreciação dos pontos trazidos pela representação a esta Corte, que cuida de matéria de evidente interesse público.

ACORDAM, à unanimidade, quanto ao mérito, em julgá-la improcedente, acompanhando as conclusões dos Órgãos Opinantes desta Corte, quanto aos itens 2.1, 2.2, 2.3 e 2.4 da representação, bem como, conforme posição formulada pela AJCE, quanto ao item 2.5 da representação, em face dos argumentos dispendidos.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o envio de ofício ao representante e à representada acompanhado de cópia deste Acórdão, nos termos do artigo 58 do RITCMSP, arquivando-se os autos após o cumprimento das demais formalidades legais.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, JOÃO ANTONIO e RICARDO TORRES.

São Paulo, 21 de fevereiro de 2024.

ROBERTO BRAGUIM – Vice-Presidente no exercício da Presidência
EDUARDO TUMA – Relator

/mfl

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 27/06/2024 14:30:05 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

Assinado digitalmente por ROBERTO TANZI BRAGUIM
Data: 01/07/2024 12:16:20 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo

51ª SESSÃO ORDINÁRIA NÃO PRESENCIAL DO TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Item 99

TC nº 9.922/2021 - **Representação**
Objeto: Representação em face do Edital do Processo ASF n° 014/2021 - Coleta de preços nº 003/2021, cujo objeto é a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de nutrição e alimentação elaboradas nas dependências da contratada e transportada para as unidades receptoras, geridas pela Associação Saúde da Família
Interessada: Secretaria Municipal da Saúde
Relator: Conselheiro Eduardo Tuma
Competência: Pleno

RELATÓRIO

Trata o presente da análise da Representação apresentada por Marcio Luis Pirolo em face do procedimento de Coleta de Preços nº 003/2021, promovido pela Associação Saúde da Família - ASF, cujo objeto é a seleção de empresa para a prestação de serviços de nutrição e alimentação elaboradas nas dependências da contratada e transportada para as unidades receptoras, geridas pela Associação Saúde da Família (ASF).

Em síntese, o Representante questiona:

(2.1) exigência de regularidade trabalhista como requisito de habilitação aplicável às contratações empreendidas pelo poder público;

(2.2) base de cálculo da multa em caso de inexecução parcial do contrato – cláusula quinta do contrato;

(2.3) impedimento à participação de empresas suspensas de licitar com a administração pública;

(2.4) previsão de penalidade por atraso de pagamento e

2.5) irregularidade atinente à vedação da participação de empresas em processo de recuperação judicial.

Tendo o Representante requerido a concessão de medida liminar para suspender o procedimento de Coleta de Preços nº 003/2021, tal pedido foi considerado prejudicado por esta Relatoria (peça 6), uma vez que a Representação deu entrada no Tribunal em 10/06/2021, as 13h24m e, a data de abertura do certame estava agendada para 10/06/2021 as 10hs.

A **Subsecretaria de Fiscalização e Controle - SFC**, em relatório preliminar sobre os pontos questionados pela Representação, à peça 08, assim concluiu:

"Registramos que existem erros de digitalização na fl. 04 e não constam as fls. 13/14 na peça da Representação. Conforme informado pelo setor de Protocolo à peça 03 dos autos, o Representante foi informado das incorreções, porém não houve resposta. Em face disso, analisaremos apenas os pontos que forem compreensíveis, ficando a análise da totalidade da representação condicionada ao saneamento dos autos pelo interessado.

2. ANÁLISE

2.1. Da exigência de regularidade trabalhista como requisito de habilitação aplicável às contratações empreendidas pelo poder público (fls. 03/04 da peça 01)

Alegações da Representante

O Representante afirma que o item 14.5 do edital exige prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho com a apresentação de Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT). No entanto, aduz que a certidão positiva com efeitos de negativa de débitos trabalhistas também possibilita a participação de licitações.

Traz que "A recente inovação legislativa veiculada pela Lei n.º 12.440/2011 institui a chamada Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas e altera a Lei n.º 8.666/1993 para exigir a regularidade trabalhista como requisito de habilitação no certame licitatório" (peça 01, fl. 03).

Traz ainda o § 2º do art. 642-A da CLT, incluído pela nova Lei, que estabelece:

> Art. 642-A. É instituída a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), expedida gratuita e eletronicamente, para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho. (Incluído pela Lei n2 12.440, de 2011)
> (...)
> § 2º Verificada a existência de débitos garantidos por penhora suficiente ou com exigibilidade suspensa, será expedida Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas em nome do interessado com os mesmos efeitos da CNDT. (Incluído pela Lei n2 12.440, de 2011)

Análise da Coordenadoria

Inicialmente, cabe registrar que a jurisprudência é consolidada no sentido de que as Organizações Sociais não são obrigadas a licitar, tampouco se aplica aos seus processos de contratação a Lei 8666/93. Nesse sentido, o TCU entendeu que

> as organizações sociais submetem-se a regulamento próprio sobre compras e contratação de obras e serviços com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessário, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado (Acórdão 3.239/2013-Plenário - TCU).

O STF também já se manifestou, na ADI 1.923/DF, no sentido de que as organizações sociais não se submetem à Lei 8.666/1993, podendo invocar procedimentos distintos, tendo em vista a maior flexibilidade do sistema baseado em contrato de gestão, controlado por resultados.

Dessa forma, não se pode exigir que a OS siga a lei de Licitações ou as determinações do TCU para as entidades públicas.

Verificamos que o item "habilitação fiscal" prevê certidão negativa de débitos de tributos federais e dívida ativa da união (item 14.2), bem como certidão negativa de débitos perante a justiça do trabalho – CNDT (item 14.5). No entanto, permite a apresentação de certidão positiva com efeitos de negativa para os tributos mobiliários do município (item 14.4), o que dá a entender que a distinção foi feita de forma consciente.

A CLT traz no artigo 642-A, § 2º, que em caso de existência de débitos trabalhistas com garantia suficiente ou exigibilidade suspensa, será emitida certidão positiva com os mesmos efeitos da certidão negativa.

Não poderia a entidade deixar de aceitar tal certidão, já que atende aos mesmos fins que a certidão negativa, ainda que o débito esteja sendo discutido em juízo. Já há entendimento nesse sentido para a certidão positiva com efeitos negativos para tributos federais e dívida ativa da união.

Dessa forma, de forma a garantir a igualdade, moralidade e economicidade da licitação, deveria ser possibilitada em edital a apresentação de certidões positivas com efeitos de negativa, como forma de comprovar regularidade fiscal tanto do item 14.2 como do item 14.5.

Nesse sentido, é ***procedente*** *o presente item da representação.*

2.2. Base de cálculo da multa em caso de inexecução parcial do contrato – cláusula quinta do contrato (fl. 05 da peça 01).

Alegações da Representante
Aduz que o item "Das Sanções Administrativas" da minuta do contrato estabelece multa de mora sobre o valor da fatura da prestação de serviço no mês da ocorrência, sem estabelecer diferença quanto à base de cálculo ser sobre o valor total ou parcial do acordado.

Entende que não se pode admitir que, em caso de inexecução parcial do objeto pela contratada, a multa incida sobre o valor total do contrato, considerando os princípios de razoabilidade e proporcionalidade.

> Ora, não é justa nem razoável tal determinação, posto que uma vez ocorrido o descumprimento tão somente de parte do contrato celebrado, é razoável que o cálculo da penalidade incida apenas sobre aquela parcela e não sobre o valor integral ou mensal da contratação, como se a Contratada tivesse descumprido obrigações contratuais em sua totalidade (peça 01, fl. 05).

Análise da Coordenadoria
A cláusula quinta da minuta do contrato prevê (peça 02, fls. 53/54):

> 5.1.2.2 Pela inexecução parcial do presente ajuste, a CONTRATANTE, poderá aplicar a CONTRATADA multa de 10% (dez por cento) sobre o valor mensal apurado do Contrato, sem prejuízo das demais penalidades.

5.1.2.3 Pela inexecução total do Contrato, a CONTRATANTE poderá aplicar à CONTRATADA multa de 20% (vinte por cento) sobre o valor global estimado do Contrato, sem prejuízo da rescisão contratual e demais penalidades.

5.1.2.4 Pelo atraso na execução ou a não realização do serviço a contento, a CONTRATANTE aplicará multa diária de 0,5% (meio por cento) sobre o valor global estimado do Contrato de acordo com a prestação levada a efeito no período apurado, até o limite de 20% (vinte por cento), sem prejuízo das demais penalidades.

5.1.2.5 Pelo cancelamento ou rescisão do contrato por culpa da CONTRATADA, multa de 10% (dez por cento) sobre o valor global estimado do Contrato, multiplicado pelo número de meses faltantes para o termo final do ajuste.

5.1.2.6 Para efeito das penalidades acima delineadas, estima-se o valor global estimado do Contrato aquele apurado através da média de faturamento dos últimos 03(três) meses, multiplicado pelo número de meses faltantes para o término contratual

Dessa forma, há uma proporcionalidade no percentual das multas nos casos de inexecução contratual distintas, apesar de a base de cálculo ser padronizada: no caso de inexecução parcial, a multa é de 10% do valor mensal do contrato; no caso de inexecução total, multa de 20% do valor global do contrato; e no caso de atraso na execução ou não realização a contento, multa diária de 0,5% sobre o valor global do contrato.

Considerando que há escalonamento da gravidade nas formas de inexecuções contratuais e proporcionalidade em relação às multas previstas, concluímos pela ***improcedência*** *da representação nesse ponto.*

2.3. Impedimento à participação de empresas suspensas de licitar com a administração pública (fls. 05/10 da peça 01)

<u>Alegações da representante</u>
O item 7.2.2 do Edital veda a participação por empresas que estejam cumprindo penalidade de suspensão do direito de licitar com a administração.

A Representante questiona qual seria o limite do termo "administração", nesse caso.

Isso porque, conforme o art. 6º da Lei de Licitações, são conceitos diferentes o de administração pública, que trata da administração direta e indireta da união, estados, DF e municípios, e o conceito de administração, que se restringiria aos órgãos, entidades ou unidade administrativa que aplicou a pena.

Nesse sentido, destacou informativo TCU nº 147, que estabelece que a sanção de suspensão temporária de participar de licitações e contratar com a administração alcança apenas o órgão ou a entidade que a aplicou.

Requer, então, que o item seja alterado para esclarecer que a limitação é para empresas com pena de suspensão aplicadas por aquele órgão licitante, restringindo apenas os que foram suspensos no âmbito da ASF ou, na pior das hipóteses, com a prefeitura de São Paulo.

Análise da Coordenadoria
Existem três possibilidades no que tange as penas que impedem empresas de participarem de licitações com a administração pública: o impedimento de contratar e licitar com o ente federativo que promove o pregão e fiscaliza o contrato (art. 7º da Lei Federal 10.520/02); a suspensão temporária de participação em licitação e o impedimento de contratar com um órgão da Administração (art. 87, inciso III, da Lei Federal 8.666/93); e a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com toda a Administração Pública (art. 87, inciso IV, da Lei Federal 8.666/93).

O edital traz as três possibilidades como vedação para participar desse certame:

> 7.2. Será vedada a participação de empresas:
>
> 7.2.1 declaradas inidôneas para licitarem e contratarem com a Administração Pública;
>
> 7.2.2 suspensas temporariamente ou impedidas de licitarem e contratarem com a Administração, nos termos das legislações pertinentes;

A Orientação Normativa nº 03/2012-PGM (DOC de 25.08.12, p. 23) pacificou, no âmbito do Município de São Paulo, o entendimento de que as penalidades previstas nos incisos III e IV do artigo 87, da Lei Federal de Licitações, e no artigo 7º da Lei nº 10.520/02 projetam efeitos para todos os órgãos e entidades de todos os entes federativos.

Também dispõe a Súmula nº 06/2020 deste TCM:

> As penalidades de impedimento e suspensão de licitar ou contratar com a Administração Pública, previstas no inciso III do art. 87 da Lei Federal nº 8.666/93 e no art. 7º da Lei Federal nº 10.520/02, não se restringem à esfera de governo do órgão sancionador, mas projetam efeitos para todos os órgãos e entidades de todos os entes federativos.

Considerando que a OS está seguindo o entendimento aplicado às contratações da administração pública no Município de São Paulo, concluímos pela ***improcedência*** *da Representação nesse ponto.*

2.4. Da previsão de penalidade por atraso de pagamento (fls. 10/11 da peça 01).

Alegações do Representante
Alega que os itens 5.1.2 e seguintes da minuta do contrato trazem previsão de penalidade por inadimplência da contratada. No entanto, não haveria qualquer previsão de penalidade para a contratante por atraso no pagamento.

Nesse caso, em caso de inadimplemento pelo pagamento, deveria ressarcir a contratada no que tange aos ônus de mora, que seria, juros moratórios, multa e correção monetária.

> Verifica-se que a necessidade premente de ressarcimento baseia-se no fato de que não pode a Contratada suportar o atraso do pagamento das parcelas sob pena de desequilíbrio da relação contratual.
> [...]
> Por fim, verifica-se que os percentuais referentes à multa e juros moratórias devem se dar, respectivamente, à razão de 2% (dois por cento) sobre o valor da fatura e 1% {um por cento) ao mês. A correção monetária deve se operar com base no IGP-DI, índice definido pela FGV (peça 01, fls. 10/11).

Análise da coordenadoria
A cláusula quinta da minuta do contrato prevê no item 5.2 a penalidade a ser aplicada a contratada no caso de atraso de pagamento (peça 02, fl. 54).

> 5.2 Em caso de inadimplemento por parte do CONTRATANTE quanto ao pagamento do presente contrato, deverá incidir sobre o valor do presente instrumento, multa pecuniária de 1% (um por cento), juros de mora de 1% (um por cento) ao mês e correção monetária.

Dessa forma, há previsão de multa, juros e correção monetária em caso de atraso de pagamento por parte da ASF. Quanto ao percentual da multa, não há norma que obrigue a aplicação específica dos parâmetros sugeridos pelo representante. Dessa forma, é razoável a previsão do edital de aplicação de 1% sobre o valor do instrumento.

***Improcedente** a Representação neste ponto.*

2.5. Da irregularidade atinente à vedação da participação de empresas em processo de recuperação judicial (fls. 11/12 da peça 01)

Alegação da Representante
"O Edital veda a participação de empresas em processo de recuperação judicial, elencando expressamente a obrigatoriedade de apresentação de certidão negativa de falência ou recuperação judicial (peça 01, fl. 11)".

> Deste modo, a empresa que obteve a concessão da Recuperação Judicial não está, de antemão, inapta para ser contratada, podendo assumir riscos e compromissos nos limites previstos no seu Plano de Recuperação que, diferentemente da concordata, possui maior flexibilidade na sua negociação junto aos credores. Todavia, a mera existência de plano de recuperação judicial, por si só, não garante a capacidade da empresa em executar as obrigações contratuais, até porque o descumprimento de qualquer obrigação estabelecida no plano acarretará a convolação da recuperação em falência (art. 61, §12).
>
> Assim, imprescindível a confrontação do caso concreto com os termos do referido Plano para se avaliar a viabilidade econômico financeira da interessada. Impende destacar que este é o entendimento que embasou decisão do E. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO no sentido de permissão de participação, em licitações, de "empresa em recuperação judicial, desde que amparada em certidão emitida pela instância judicial competente, que certifique que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de

> procedimento licitatório nos termos da Lei 8.666/93" (Acórdão 8271/2011- 2ª Câmara, DOU de 04-10-2011) (peça 01, fl. 12)

Análise da Coordenadoria

Em decisão recente, o STJ entendeu que a empresa em recuperação judicial pode participar de licitações, desde que comprove sua viabilidade econômica no momento devido.

> A exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial deve ser relativizada a fim de possibilitar à empresa em recuperação judicial participar do certame, desde que demonstre, na fase de habilitação, a sua viabilidade econômica (AREsp 309.867/ES, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 08/08/2018)

Ainda nessa decisão, o STJ aduz que

> O escopo primordial da Lei n. 11.101/2005, nos termos do art. 47, é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeiro do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. A interpretação das Lei n. 8.666/1993 e n. 11.101/2005 leva à conclusão de que é possível uma ponderação equilibrada dos princípios nelas contidos, pois a preservação da empresa, de sua função social e do estímulo à atividade econômica atendem também, em última análise, ao interesse da coletividade, uma vez que se busca a manutenção da fonte produtora, dos postos de trabalho e dos interesses dos credores.

Da mesma forma entendeu o TCU em Acórdão 1201/2020-Plenário,

> Esse assunto encontra-se pacificado na jurisprudência desta Corte que converge para a admissão da participação de licitantes em recuperação judicial, desde que amparadas em certidão emitida pela instância judicial competente, que certifique que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório nos termos da Lei 8.666/1993 (Acórdão 8.271/2011-TCU2ª Câmara, relator Ministro Aroldo Cedraz).

Apesar de a OS não ter a obrigação de seguir a Lei 8666/93 e demais normas de licitação, deve observar os princípios constitucionais do art. 37, como legalidade, impessoalidade e moralidade. Considerando a jurisprudência existente sobre a matéria, concluímos pela ***procedência*** *da representação nesse ponto, pois a vedação de empresas em recuperação judicial, de forma indistinta, constitui indevida restrição à ampla participação no procedimento de seleção.*

3. CONCLUSÃO

À luz das análises efetuadas, concluímos, em sede de relatório preliminar, pela ***parcial procedência da Representação****, sendo:*

- ***Procedentes*** *os itens 2.1 e 2.5 do relatório;*

- ***Improcedentes*** *os itens 2.2, 2.3 e 2.4 do relatório.*

Registramos que existem erros de digitalização na fl. 04 e não constam as fls. 13/14 na peça da Representação (peça 01), razão pela qual foram analisados apenas os itens compreensíveis, ficando a análise da totalidade da representação condicionada ao saneamento dos autos pelo interessado."

A **Associação Saúde da Família – ASF** apresentou manifestação e documentos (peças 14 a 23).

A **SFC**, após análise, em relatório conclusivo, apresentou a seguinte conclusão (peça 27)

"2. ANÁLISE
2.1. Da exigência de regularidade trabalhista como requisito de habilitação aplicável às contratações empreendidas pelo poder público (fls. 03/04 da peça 01)
(...)

Manifestação prévia da OS (peça 14, fls. 09/10)

39. Data máxima vênia, claramente foi induzida a erro a Equipe de Fiscalização pelo argumento de que a ausência de expressa previsão de aceitação da Certidão Positiva com Efeitos de Negativa representaria a sua não aceitação.

40. Isto porque, é naturalmente óbvio que eventual Certidão Positiva com Efeitos de Negativa seria aceita pela Associação Saúde da Família – ASF. Diferente não poderia ser.

[...]

42. Logo, é completamente desnecessário que o Edital traga previsão de que a Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas também será aceita se a própria lei que instituiu a CNDT assim já o fez.

43. De todo modo, ainda que desnecessária a previsão expressa, é possível verificar que a ASF estabeleceu no item 14.7 do Edital o aceite de certidões positivas com efeitos de negativas para que não restasse dúvidas.

Análise da Coordenadoria
Inicialmente, cabe registrar que a jurisprudência é consolidada no sentido de que as Organizações Sociais não são obrigadas a licitar, tampouco se aplica aos seus processos de contratação a Lei 8666/93. Nesse sentido, o TCU entendeu que

as organizações sociais submetem-se a regulamento próprio sobre compras e contratação de obras e serviços com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessário, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado (Acórdão 3.239/2013-Plenário - TCU).

O STF também já se manifestou, na ADI 1.923/DF, no sentido de que as organizações sociais não se submetem à Lei 8.666/1993, podendo invocar procedimentos distintos, tendo em vista a maior flexibilidade do sistema baseado em contrato de gestão, controlado por resultados.

Verificamos que o item "regularidade fiscal" prevê certidão negativa de débitos de tributos federais e dívida ativa da união (item 14.2), bem como certidão negativa de débitos perante a justiça do trabalho – CNDT (item 14.5). No entanto, permite a apresentação de certidão positiva com efeitos de negativa para os tributos mobiliários do município (item 14.4), o que pode trazer incertezas para o leitor.

A CLT traz no artigo 642-A, §2º, que em caso de existência de débitos trabalhistas com garantia suficiente ou exigibilidade suspensa, será emitida certidão positiva com os mesmos efeitos da certidão negativa.

Seguindo a referida legislação, o Edital trouxe, em seu item 14.7, que "Serão aceitas certidões positivas com efeito de negativas, que noticiem que os débitos certificados estão garantidos ou com sua exigibilidade suspensa" (peça 02, fl. 09).

Dessa forma, não há que se falar em irregularidade nesse aspecto, quando da leitura conjunta de todos os subitens do item 14 do Edital – Regularidade Fiscal.

Nesse sentido, é ***improcedente*** *o presente item da representação.*
(...)

2.5. Da irregularidade atinente à vedação da participação de empresas em processo de recuperação judicial (fls. 11/12 da peça 01)

(...)

Manifestação prévia da OS (peça 14, fls. 14/15)
A OS traz que não é obrigada a seguir a LF nº 8.666/93, conforme jurisprudência do STF na ADI 1923/DF. Aduz que a regra estabelecida é objetiva e impessoal, aplicada a qualquer participante, de forma que não há irregularidade.

> 56. Imperioso destacar que a vedação à participação de empresas em Recuperação Judicial nos processos de seleção de fornecedores está expressamente prevista no "Regulamento Interno para Contratação de Obras e Serviços" da Associação Saúde da Família – ASF, o qual foi aprovado pelo Conselho de Administração da OS e, ainda, pela Secretaria Municipal de Saúde da Prefeitura Municipal de São Paulo/SP, com respectiva publicação no Diário Oficial do Município (Doc. 08 – precisamos deste).
>
> 57. Assim se extrai do art. 11 do Regulamento, in verbis:
>
> "Artigo 11º. Para qualquer das modalidades previstas neste regulamento somente poderão participar da Seleção de Fornecedores as empresas: (...) V. Que não esteja em processo de falência, concordata ou recuperação judicial;" (grifamos)
>
> 58. Fato importante que deve ser considerado é que a ora manifestante presta serviços essenciais de saúde, que não podem sofrer interrupções ou descontinuidade. Exatamente por isso esta organização social veda em seu regimento à participação de empresas em Recuperação Judicial, afinal, pelas condições econômico-financeiras de empresas

> recuperandas, há, indiscutivelmente, um risco maior inerente à continuidade dos serviços.
>
> 59. A Associação Saúde da Família – ASF é entidade sem fins lucrativos, prestadora de serviços essenciais de saúde. Por esta razão, estabelece mecanismos preventivos para não incorrer em demasiados riscos financeiros. O risco de que um fornecedor em recuperação judicial gere um passivo trabalhista ou fiscal é infinitamente maior do que uma empresa sadia.
>
> [...]
>
> 63. Portanto, conclui-se que a vedação não é restritiva com traços de ilegalidade como faz crer o representante. A exigência se torna possível, nos termos do regulamento de compras e contratação de serviço – norma máxima de regência da Associação Saúde da Família – ASF – e empregada em serviços terceirizados que resvalam maiores riscos.

Análise da Coordenadoria
Em decisão recente, o STJ entendeu que a empresa em recuperação judicial pode participar de licitações, desde que comprove sua viabilidade econômica no momento devido.

> A exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial deve ser relativizada a fim de possibilitar à empresa em recuperação judicial participar do certame, desde que demonstre, na fase de habilitação, a sua viabilidade econômica (AREsp 309.867/ES, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 08/08/2018)

Ainda nessa decisão, o STJ aduz que

> O escopo primordial da Lei n. 11.101/2005, nos termos do art. 47, é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeiro do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. A interpretação das Lei n. 8.666/1993 e n. 11.101/2005 leva à conclusão de que é possível uma ponderação equilibrada dos princípios nelas contidos, pois a preservação da empresa, de sua função social e do estímulo à atividade econômica atendem também, em última análise, ao interesse da coletividade, uma vez que se busca a manutenção da fonte produtora, dos postos de trabalho e dos interesses dos credores.

Da mesma forma entendeu o TCU em Acórdão 1201/2020-Plenário,

> Esse assunto encontra-se pacificado na jurisprudência desta Corte que converge para a admissão da participação de licitantes em recuperação judicial, desde que amparadas em certidão emitida pela instância judicial competente, que certifique que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório nos termos da Lei 8.666/1993 (Acórdão 8.271/2011-TCU-2ª Câmara, relator Ministro Aroldo Cedraz).

Apesar de a OS não ter a obrigação de seguir a Lei 8666/93 e demais normas de licitação, deve observar os princípios constitucionais do art. 37, como legalidade, impessoalidade e moralidade. Considerando a jurisprudência existente sobre a matéria, concluímos pela procedência da representação nesse ponto, pois a vedação de empresas em recuperação judicial, de forma indistinta, constitui indevida restrição à ampla participação no procedimento de seleção.

3. CONCLUSÃO

À luz das análises efetuadas, concluímos, em sede de relatório preliminar, pela parcial procedência da Representação, sendo:

- ***Procedente** o item **2.5** do relatório;*

- ***Improcedentes** os itens **2.1, 2.2, 2.3** e **2.4** do relatório.*

Registramos que existem erros de digitalização na fl. 04 e não constam as fls. 13/14 na peça da Representação (peça 01), razão pela qual foram analisados apenas os itens compreensíveis, ficando a análise da totalidade da representação condicionada ao saneamento dos autos pelo interessado."

A **Assessoria Jurídica de Controle Externo - AJCE**, após análise, opinou pelo não conhecimento e no mérito pela improcedência da Representação nos termos seguintes (peças 37/38):

"Verifica-se que a Representante deixou de apresentar prova de cidadania, mediante a juntada à inicial de cópia do título de eleitor ou documento que a ele corresponda, em descumprimento ao artigo 55, § 1º, do Regimento Interno deste Tribunal de Contas[1].

*Quanto ao mérito, permitimo-nos reiterar a improcedência das questões tratadas nos itens **2.1**, **2.2**, **2.3** e **2.4** dos relatórios às peças 8 e 27, pelos fundamentos apresentados pela Equipe de Fiscalização deste E. Tribunal.*

*Sobre a alegação considerada procedente pela Auditoria (**2.5 Da irregularidade atinente à vedação da participação de empresas em processo de recuperação judicial (fls. 11/12 da peça 01)**), em que pese à previsão do item 7.2, subitem 7.2.4[2] do edital, contrariar a Súmula nº 50 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo[3], entendimento com o qual esta AJCE vem se perfilhando, entendemos, s.m.j., que a interpretação sistemática das demais previsões editalícias, em especial os itens 15.1 e 15.1.1[4], permite espaço à participação de empresas em*

[1] "Art. 55 - A representação ou denúncia sobre matérias de competência do Tribunal deverá preencher os seguintes requisitos:
(...)
§ 1º - Em se tratando de representação ou denúncia formulada por cidadão, é indispensável a prova de cidadania, mediante a juntada à inicial de cópia do título de eleitor ou documento que a ele corresponda."
[2] "7.2 Será vedada a participação de empresas:
(...)
7.2.4 sob processo de falência, concordata ou recuperação judicial."
[3] "Em procedimento licitatório, não pode a Administração impedir a participação de empresas que estejam em recuperação judicial, das quais poderá ser exigida a apresentação, durante a fase de habilitação, do Plano de Recuperação já homologado pelo juízo competente e em pleno vigor, sem prejuízo do atendimento a todos os requisitos de habilitação económico-financeira estabelecidos no edital."
[4] 15.1 Certidão Negativa de Falência, Concordata, Recuperação Judicial ou Extrajudicial expedida pelo distribuidor da sede matriz ou filial da pessoa jurídica, datada de no máximo 90 (noventa) dias anteriores à data da apresentação da proposta.

tais condições, tanto assim o é que, para estes casos, há previsão editalícia específica, dentre as exigências relativas à aptidão econômico-financeira das licitantes, possibilitando a apresentação de certidões positivas (item 15.1.1).

Por tais motivos e a despeito de merecer reparo o texto do item 7.2, subitem 7.2.4 do Edital, isoladamente, o conflito aparente não se afigura como óbice ao prosseguimento do Certame. Ainda que se argumente, enfim, que eventuais interessadas em participar da Licitação, que estejam sob processo de recuperação judicial, possam desta desistir tão logo conheçam do item 7.2, subitem 7.2.4 do Edital, como acima se disse, outros dispositivos do Edital amparam sua participação (mais uma vez, o item 15.1.1), não sendo razoável imaginar que apenas conheçam do item 7.2, subitem 7.2.4 do Edital, sem avançar sobre os restantes, ou, até mesmo, que desistam de deduzir sua insatisfação sobre a matéria, como a propósito o fez o própria Representante.

*Diante dessas considerações, opinamos pela **improcedência** do item **2.5** dos relatórios de AUD (peças 8 e 27).*

*Ante o exposto, posicionamo-nos pelo não conhecimento da presente Representação, eis que não atendido todos os requisitos de admissibilidade e, no mérito, pela sua **total improcedência**, sem prejuízo de outras medidas cabíveis."*

A **Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM**, à peça 41, apresentou sua manifestação nos termos seguintes:

"(...) preliminarmente, requer este órgão fazendário que a presente Representação não seja conhecida, uma vez que não foram não foi apresentada prova de cidadania junto ao reclamo. Ora, requisito de admissibilidade não é estabelecido para ser sistematicamente desconsiderado pelo aplicador do Direito.

Ainda que existam situações especialíssimas que autorizem a possibilidade de desconsiderar algum requisito não é, contudo, o caso dos autos. Tal afirmação decorre do fato que a representação ataca claramente política urbana da Administração, adentrando, portanto, no estreito âmbito discricionário do Poder Executivo. Essa análise é, inclusive, estranha ao âmbito de competência dessa Egrégia Corte de Contas.

Trata-se, como se vê, da ausência de documentos essenciais, circunstância que compromete definitivamente o conhecimento do reclamo apresentado, mormente se considerado a impossibilidade do pedido.

No tocante ao mérito, a Fazenda se permite acompanhar a totalidade das ponderações da Douta Assessoria Jurídica do Controle Externo, que demonstrou a total improcedência do reclamo original (peças nºs. 37 e 38).

Assim, diante do exposto, requer a Procuradoria da Fazenda, preliminarmente, que não seja conhecida a presente Representação, na esteira do anotação já apontada pela D. AJCE. Caso

15.1.1 No caso de certidão positiva, a proponente deverá juntar certidão de objeto e pé, esclarecendo o posicionamento da(s) ação(ões)."

superada a preliminar – o que se admite apenas para argumentar –, requer seja decretado o julgamento de total improcedência."

A **Secretaria Geral – SG** opinou à peça 47 como segue:

"Preliminarmente, entendo que a medida apresentada não preenche os requisitos de admissibilidade do Regimento Interno desta E. Corte de Contas, uma vez que não foi apresentada prova de cidadania, mediante a juntada à inicial de cópia do título de eleitor ou documento correspondente, em descumprimento ao artigo 55, § 1º, do Regimento Interno deste Tribunal de Contas.

Porém, diante do estágio avançado da instrução processual, entendo que mencionada irregularidade poderá ser relevada a critério do Nobre Conselheiro Relator."

Após acompanhar o entendimento da Auditoria e da SFC quanto à improcedência dos itens **2.1, 2.2, 2.3 e 2.4** do relatório da Especializada de peça 27, assim se posicionou sobre i tem 2.5 desse relatório:

"Ao que se refere à afirmação pelo Representante de irregularidade referente à vedação da participação de empresas em processo de recuperação judicial, acompanho a AJCE e opino pela improcedência do apontamento, uma vez que, apesar da previsão do item 7.2, subitem 7.2.4 do edital, contrariar a Súmula nº 50 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo entendo que a interpretação das demais previsões editalícias, em especial os itens 15.1 e 15.1.1, permite a participação de empresas em tais condições.

Diante do exposto, opino pelo conhecimento da Representação e no mérito pela improcedência."

É o Relatório.

VOTO

Cuidam os autos de Representação apresentada por Marcio Luis Pirolo em face do procedimento de Coleta de Preços nº 003/2021, promovido pela Associação Saúde da Família - ASF, cujo objeto é a seleção de empresa para a prestação de serviços de nutrição e alimentação elaboradas nas dependências da contratada e transportada para as unidades receptoras, geridas pela Associação Saúde da Família (ASF).

O Representante formula 05 (cinco) questionamentos sobre o procedimento de Coleta de Preços nº 003/2021 promovido pela Associação Saúde da Família – ASF, os quais mereceram as considerações da **Subsecretaria de Fiscalização e Controle - SFC** e dos órgãos opinantes desta Corte. São eles:

(2.1) exigência de regularidade trabalhista como requisito de habilitação aplicável às contratações empreendidas pelo poder público.

Alega o Representante que, ante o disposto no item 14.5 do edital, o qual exige prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho com a apresentação de Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), não informa o edital que a certidão positiva com efeitos de negativa de débitos trabalhistas também possibilita a participação de licitações.

Restou, contudo, demonstrado na instrução deste processo que o Edital estabeleceu, em seu item 14.7, que "Serão aceitas certidões positivas com efeito de negativas, que noticiem que os débitos certificados estão garantidos ou com sua exigibilidade suspensa" (peça 02, fl. 09).

Assim, não há que se falar em irregularidade nesse aspecto, sendo **improcedente** a Representação nesse ponto.

(2.2) base de cálculo da multa em caso de inexecução parcial do contrato – cláusula quinta do contrato;

Afirma o Representante que o item "*Das Sanções Administrativas*" da minuta do contrato estabelece multa de mora sobre o valor da fatura da prestação de serviço no mês da ocorrência, sem estabelecer diferença quanto à base de cálculo ser sobre o valor total ou parcial do acordado. Entende que não se pode admitir que, em caso de inexecução parcial do objeto pela contratada, a multa incida sobre o valor total do contrato, considerando os princípios de razoabilidade e proporcionalidade.

No entanto, salientou a Auditoria constar da minuta do contrato uma proporcionalidade no percentual das multas nos casos de inexecuções contratuais distintas, apesar de a base de cálculo ser padronizada. Assim, no caso de inexecução parcial, a multa é de 10% do valor mensal do contrato; no caso de inexecução total, haverá multa de 20% do valor global do contrato; e, no caso de atraso na execução ou não realização a contento, multa diária de 0,5% sobre o valor global do contrato.

Considerando haver escalonamento da gravidade nas formas de inexecuções contratuais e proporcionalidade em relação às multas previstas, restou concluído ser **improcedente** a Representação também nesse ponto.

(2.3) impedimento à participação de empresas suspensas de licitar com a administração pública;

Indica o representante que o item 7.2.2 do Edital veda a participação de empresas que estejam cumprindo penalidade de suspensão do direito de licitar com a administração.

A Representante questiona qual seria o limite do termo “administração”, nesse caso, uma vez que, conforme o artigo 6º da Lei de Licitações, são conceitos diferentes o de administração pública, que trata da administração direta e indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e o conceito de administração que se restringiria aos órgãos, entidades ou unidade administrativa que aplicou a pena.

Nesse sentido, destacou informativo TCU nº 147, que estabelece que a sanção de suspensão temporária de participar de licitações e contratar com a administração alcança apenas o órgão ou a entidade que a aplicou.

Requer, então, que o item seja alterado para esclarecer que a limitação é para empresas com pena de suspensão aplicadas por aquele órgão licitante, restringindo apenas os que foram suspensos no âmbito da ASF ou, na pior das hipóteses, com a prefeitura de São Paulo.

Informa a Auditoria em seu relatório existir três possibilidades quanto às penas que impedem a participação de empresas em licitações com a administração pública:

. o impedimento de contratar e licitar com o ente federativo que promove o pregão e fiscaliza o contrato (art. 7º da Lei Federal 10.520/02);

. a suspensão temporária de participação em licitação e o impedimento de contratar com um órgão da Administração (art. 87, inciso III, da Lei Federal 8.666/93); e

. a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com toda a Administração Pública (art. 87, inciso IV, da Lei Federal 8.666/93).

Ademais, do Edital constam as três possibilidades como vedação para participar do certame. Vejamos:

7.2. Será vedada a participação de empresas:

7.2.1 declaradas inidôneas para licitarem e contratarem com a Administração Pública;

7.2.2 suspensas temporariamente ou impedidas de licitarem e contratarem com a Administração, nos termos das legislações pertinentes;

A Orientação Normativa nº 03/2012-PGM (publicada no DOC de 25.08.2012, p. 23) pacificou, no âmbito do Município de São Paulo, o entendimento de que as penalidades previstas nos incisos III e IV do artigo 87, da Lei Federal de Licitações, e no artigo 7º da Lei nº

10.520/02, irradiam seus efeitos para todos os órgãos e entidades de todos os entes federativos.

Além disso, a Súmula nº 06/2020 deste TCM consagra o seguinte entendimento:

> As penalidades de impedimento e suspensão de licitar ou contratar com a Administração Pública, previstas no inciso III do art. 87 da Lei Federal nº 8.666/93 e no art. 7º da Lei Federal nº 10.520/02, não se restringem à esfera de governo do órgão sancionador, mas projetam efeitos para todos os órgãos e entidades de todos os entes federativos.

Tendo em conta que a OS Associação Saúde da Família – ASF segue o entendimento aplicado às contratações da administração pública no Município de São Paulo, é de se ter como **improcedente** esse ponto questionado na Representação.

(2.4) previsão de penalidade por atraso de pagamento

Afirma o Representante que, embora os itens 5.1.2 e seguintes da minuta do contrato prevejam penalidade por inadimplência da contratada, não há previsão de penalidade para a contratante por atraso no pagamento.

Em tal hipótese, sustenta que deveria incidir à contratante os ônus de mora, compreendendo juros moratórios, multa e correção monetária.

Ocorre que a minuta do contrato prevê no item 5.2 a penalidade a ser aplicada à contratante no caso de atraso de pagamento, nos termos seguintes (peça 02, fl. 54):

> 5.2 Em caso de inadimplemento por parte do CONTRATANTE quanto ao pagamento do presente contrato, deverá incidir sobre o valor do presente instrumento, multa pecuniária de 1% (um por cento), juros de mora de 1% (um por cento) ao mês e correção monetária.

Assim, contrariamente ao que afirma o Representante, há previsão de multa, juros e correção monetária em caso de atraso de pagamento por parte da ASF.

Quanto ao percentual da multa, como assinalado pela Auditoria e endossado pela Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE, não há norma que obrigue a aplicação específica dos parâmetros sugeridos pelo Representante, sendo razoável a previsão do edital de aplicação de 1% sobre o valor do instrumento.

Daí se concluir pela **improcedência** da Representação também quanto a esse questionamento.

(2.5) irregularidade atinente à vedação da participação de empresas em processo de recuperação judicial.

Entende o Representante que a vedação de empresas em recuperação judicial, de forma indistinta, constitui indevida restrição à ampla participação no procedimento de seleção, uma vez que a empresa que obteve a concessão da Recuperação Judicial não está, de antemão, inapta para ser contratada, podendo assumir riscos e compromissos nos limites previstos no seu Plano de Recuperação que, diferentemente da concordata, possui maior flexibilidade na sua negociação junto aos credores.

Salientou ser este o entendimento já professado pelo Tribunal de Contas da União - TCUno sentido de aceitar a participação, em licitações, de "*empresa em recuperação judicial, desde que amparada em certidão emitida pela instância judicial competente, que certifique que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório nos termos da Lei 8.666/93*" (Acórdão 8271/2011- 2ª Câmara, DOU de 04-10-2011) (peça 01, fl. 12).

Sobre esse questionamento da Representação, considerado procedente pela Auditoria, a **Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE** apresentou ponto de vista diverso, por considerar que, não obstante a previsão do item 7.2, subitem 7.2.4[5] do Edital, contrariar a Súmula nº 50 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo[6], *"(...) a interpretação sistemática das demais previsões editalícias, em especial os itens 15.1 e 15.1.1*[7]*, permite espaço à participação de empresas em tais condições, tanto assim o é que, para estes casos, há previsão editalícia específica, dentre as exigências relativas à aptidão econômico-financeira das licitantes, possibilitando a apresentação de certidões positivas (item 15.1.1)."*

E prossegue:

> *"Por tais motivos e a despeito de merecer reparo o texto do item 7.2, subitem 7.2.4 do Edital, isoladamente, o conflito aparente não se afigura como óbice ao prosseguimento do Certame. Ainda que se argumente, enfim, que eventuais interessadas em participar da Licitação, que estejam sob processo de recuperação judicial, possam desta desistir tão logo conheçam do item 7.2, subitem 7.2.4 do Edital, como acima se disse, outros dispositivos do Edital amparam sua participação (mais uma vez, o item 15.1.1), não sendo razoável imaginar que apenas conheçam do item 7.2, subitem 7.2.4 do Edital, sem*

[5] "7.2 Será vedada a participação de empresas:
(...)
7.2.4 sob processo de falência, concordata ou recuperação judicial."
[6] "Em procedimento licitatório, não pode a Administração impedir a participação de empresas que estejam em recuperação judicial, das quais poderá ser exigida a apresentação, durante a fase de habilitação, do Plano de Recuperação já homologado pelo juízo competente e em pleno vigor, sem prejuízo do atendimento a todos os requisitos de habilitação económico-financeira estabelecidos no edital."
[7] 15.1 Certidão Negativa de Falência, Concordata, Recuperação Judicial ou Extrajudicial expedida pelo distribuidor da sede matriz ou filial da pessoa jurídica, datada de no máximo 90 (noventa) dias anteriores à data da apresentação da proposta.
15.1.1 No caso de certidão positiva, a proponente deverá juntar certidão de objeto e pé, esclarecendo o posicionamento da(s) ação(ões)."

avançar sobre os restantes, ou, até mesmo, que desistam de deduzir sua insatisfação sobre a matéria, como a propósito o fez o própria Representante."

Tais argumentos levaram a **AJCE** a ter por improcedente esse último questionamento da Representação, com o que emitiu seu parecer pela sua total improcedência, além de opinar por não conhecê-la, ante o não preenchimento de requisito de admissibilidade, pela não comprovação da cidadania do Representante, ante a falta de juntada de cópia do título de eleitor ou documento correspondente, o que desatende o disposto no artigo 55, § 1º, do Regimento Interno deste Tribunal de Contas.

Ante todo o exposto, muito embora descumprido o referido dispositivo do RI desta Corte de Contas quanto à admissibilidade da Representação, nota-se que a instrução do presente processo restou plenamente concluída, com as análises técnicas efetuadas e finalizadas, além de apresentadas as manifestações de todos os interessados, esgotando a apreciação dos pontos trazidos pela Representação a esta Corte, cuidando de matéria de evidente interesse público, razão pela qual, excepcionalmente, **CONHEÇO** da Representação apresentada por Marcio Luis Pirolo em face do procedimento de Coleta de Preços nº 003/2021, promovido pela Associação Saúde da Família - ASF, cujo objeto é a seleção de empresa para prestação de serviços de nutrição e alimentação elaboradas nas dependências da contratada e transportada para as unidades receptoras, geridas pela Associação Saúde da Família (ASF).

No mérito, acompanho as conclusões dos Órgãos Opinantes desta Corte concernente à apreciação dos itens 2.1, 2.2, 2.3 e 2.4 da Representação que os teve por improcedentes, pelas razões acima expostas, como também acompanho a posição formulada pela AJCE, ao concluir pela igual improcedência do item 2.5 da Representação face aos argumentos acima dispendidos, os quais adoto como razões de decidir para **JULGAR IMPROCEDENTE** a presente Representação.

Expeça-se ofício dirigido à pessoa do Representante, informando-o dos fundamentos da presente decisão.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

EDUARDO TUMA
Conselheiro Relator

Assinado digitalmente por EDUARDO TUMA
Data: 05/03/2024 11:30:57 -03:00
Signature powered by e-TCM Tribunal de Contas do Município de São Paulo