

TC/023612/2024

Objeto: Representação em face do Pregão Eletrônico 90002/2024, cujo objeto é o Registro de Preços para Aquisição de Materiais Esportivos diversos para o desenvolvimento de modalidades esportivas e atividades físicas e de lazer desenvolvidas no âmbito da Secretaria Municipal de Esportes e Lazer do Município de São Paulo.

Interessado(s): Secretaria Municipal de Esportes e Lazer (*), Big Ball Sports Material Esportivo Ltda.

Relator: João Antonio

Competência: PLENO

SENHOR ASSESSOR JURÍDICO SUBCHEFE

Trata-se de **representação** formulada pela **BIG BALL SPORTS MATERIAL ESPORTIVO LTDA.**, com pedido de medida cautelar, em face do **Pregão Eletrônico nº 90.002/2024¹**, cujo objeto é a *aquisição de materiais esportivos diversos para o desenvolvimento de modalidades esportivas e atividades físicas e de lazer desenvolvidas no âmbito da Secretaria Municipal de Esportes e Lazer do Município de São Paulo (SEME).*

No Relatório Preliminar, a Coordenadoria II de SCE concluiu da seguinte forma (Peça 12):

Após análise preliminar de Representação interposta pela empresa **Big Ball Sports Material Esportivo Ltda**, em face do Pregão Eletrônico nº 90.002/2024, cujo objeto é a aquisição de materiais esportivos diversos para o desenvolvimento de modalidades esportivas e atividades físicas e de lazer desenvolvidas no âmbito da Secretaria Municipal de Esportes e Lazer do Município de São Paulo (SEME), conclui-se pela sua **total procedência** (itens **2.1** e **2.2**). [...]

¹ Processo SEI nº 6019.2024/0001313-3.

Para ciência do Despacho da Peça 13, foi oficiada a Representante (Peça 15), ao passo que, para ciência e manifestação dentro do prazo assinalado, foi oficiada a Secretaria Municipal de Esportes e Lazer – SEME (Peça 14).

Juntada aos autos do Ofício GP nº 3045/2024, da Presidência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCESP), encaminhando-se cópia da representação contra o Edital acima referido, formulada pela mesma autora da peça inicial ora examinada, por se tratar de licitação submetida à jurisdição desta Egrégia Corte de Contas (Peças 18 a 31).

A SEME apresentou sua manifestação prévia (Peça 32 a 34), defendendo, em síntese, que a exigência de capital social mínimo é uma medida para garantir a boa saúde financeira das empresas participantes e assegurar a qualidade dos materiais esportivos adquiridos, que são essenciais para as atividades de esporte e lazer oferecidas aos munícipes.

Argumentou que a qualidade dos materiais impacta diretamente na vida útil e no aproveitamento dos mesmos, beneficiando tanto atletas ocasionais quanto de alto rendimento.

Além disso, a SEME explicou que a pesquisa de preços foi realizada de acordo com as normas legais, utilizando o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF) e que os valores cotados refletem as especificações técnicas exigidas para garantir a qualidade dos produtos.

Por fim, a SEME concluiu que as disposições editalícias estão em conformidade com a legislação vigente e que a representação da empresa deve ser julgada improcedente, permitindo que o processo licitatório prossiga normalmente.

No Relatório Conclusivo, a Coordenadoria II de SCE ratificou sua conclusão no sentido da total procedência da representação (Peça 38).

Na sequência, o Exmo. Conselheiro Relator pronunciou-se da seguinte forma (trechos destacados – Peça 39):

[...] dada a exiguidade do tempo entre o conhecimento do Relatório Conclusivo da Auditoria e a abertura do Certame – menos de 30 minutos – entendo ser

inviável, neste momento, qualquer decisão que inviabilize o andamento da licitação, sem prejuízo da atuação desta Tribunal nas demais etapas do processo.

Além do mais, no tocante ao mérito, faço as seguintes ponderações:

- (i) sobre a exigência de capital social mínimo – entendo, ao contrário da Auditoria, que a exigência do percentual mínimo de 10% do capital social sobre o valor estimado do contrato não é, de per si, abusiva, uma vez que visa assegurar à Administração a certeza da capacidade financeira da futura contratada em cumprir as avenças assumidas e
- (ii) sobre indícios de sobrepreços na pesquisa, observo que a pesquisa apresentada pela Representante tem por base os preços pesquisados em sites de lojas como Netshoes, Magazine Luiza, Mercado Livre e Amazon. Importante destacar que tais empresas não são fornecedoras da Administração Pública, mas sim se destinam à venda direta ao consumidor final, recebendo o pagamento imediato a cada venda. Portanto, não servem como parâmetro de comparação com as empresas fornecedoras da Administração.

Diante de todo o exposto, indefiro, por ora, o pedido de suspensão do Certame, pelas razões de fato e de direito acima expostas, sem prejuízo de eventuais medidas á cargo do Controle Externo ao logo das demais etapas da Licitação.

Oficie-se a Origem, bem como a Representante, com a cópia do Relatório Conclusivo e desta decisão para ciência.

Determino, ainda, que a Origem encaminhe a este Tribunal relatório detalhado das demais etapas do presente Pregão. [...]

Ato contínuo, foi oficiada a SEME (Peça 40) e a Representante (Peça 41).

Através do Ofício nº CI 01/2025/SEME (Peças 45 e 46), a SEME apresentou sua resposta, descrevendo o andamento do Pregão Eletrônico nº 90002/2024 da Secretaria Municipal de Esportes e Lazer (SEME). Informou que a sessão pública de abertura ocorreu em 19/11/2024, com várias empresas participando e apresentando lances para diferentes lotes de materiais esportivos. Para o Lote 01, as duas primeiras licitantes foram inabilitadas, e a terceira não apresentou amostras no prazo, resultando na quarta colocada sendo declarada vencedora provisória. Afirmou que situações semelhantes ocorreram nos outros lotes, com algumas empresas sendo inabilitadas ou não apresentando amostras, levando à declaração de vencedores provisórios. Pontuou ainda que a sessão pública foi suspensa várias

vezes para análise da documentação de qualificação econômico-financeira, que é feita pela área contábil-financeira da SEME, que, atualmente, a sessão está suspensa para a apresentação de amostras pelos vencedores provisórios dos lotes 02, 03 e 06, com retomada prevista para 20/01/2025. Anotou, ademais, que a análise das amostras será feita de forma conjunta para todos os lotes, concluindo que não houve irregularidades ou alegações fora da normalidade durante a sessão, e que todos os procedimentos foram registrados na plataforma “compras.gov.”.

Vieram os autos para manifestação desta Assessoria Jurídica (Peça 47).

É o relatório.

Opina-se.

I – Considerações iniciais

A presente opinião cinge-se aos aspectos jurídicos da pretensão inaugural deduzida (Peças 01 a 07), assim como aos da instrução acrescida, dentro das balizas definidas no artigo 3º, §2º, c/c art. 2º, §5º, da Resolução TCMSP nº 18/19².

² “Art. 3º Nos processos de Representação referidos no artigo 1º, “caput”, incisos X e XI, desta Resolução, a petição inicial será encaminhada ao Conselheiro Relator, que deliberará sobre a sua admissibilidade e sobre eventual medida de urgência, caso preenchidos os requisitos legais.

§ 2º Sem prejuízo do disposto no artigo 56 do Regimento Interno deste Tribunal, aplica-se, no que couber, o artigo 2º desta Resolução aos processos de Representação, ficando dispensado o Relatório Preliminar de Fiscalização nos casos em que a Subsecretaria de Fiscalização e Controle for instada a se manifestar após o contraditório.”

[...]

§ 5º A partir do Relatório Conclusivo de Fiscalização, com a devida identificação dos responsáveis, quando couber, o órgão ou ente da Administração Municipal deverá ser intimado para apresentar defesa, no prazo de 15 (quinze) dias, nos termos dos artigos 116 e seguintes do Regimento Interno deste Tribunal, por determinação do Conselheiro Relator.”

[trecho destacado]

II – Análise da Assessoria Jurídica

2.1 Da exigência de capital social mínimo

Convém assinalar, de início, a controvérsia em torno do assunto na doutrina e na jurisprudência especializadas.

Sobre o tema, fez-se acertada referência nos autos ao entendimento constante do verbete de nº **275** de súmula do **Tribunal de Contas da União (TCU)**:

Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração pode exigir das licitantes, **de forma não cumulativa**, capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços. [trecho destacado]

Por outro lado, de igual modo não se desconhece o enunciado nº **27** de súmula do **Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE-SP)**, que estabelece:

Em procedimento licitatório, **a cumulação das exigências de caução de participação e de capital social mínimo insere-se no poder discricionário do administrador**, respeitados os limites previstos na lei de regência. [trecho destacado]

Considerados ambos os enunciados, vale ressaltar que já houve a relativização da aplicação da Súmula nº 275 pelo próprio TCU (Acórdão nº 2397/2017 - Plenário), como bem assinalado no voto do conselheiro Ivens Zschoerper Linhares, do **Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCE-PR)**³, inclusive ocasionando, naquele âmbito, formulação de entendimento pela **Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, abaixo reproduzido:

³ Acórdão nº 3627/19 - Tribunal Pleno, de 20/11/2019.

Enunciado n. 9: O Edital da Licitação pode prever a prestação de garantia contratual (artigos 56 da lei nº 8.666/1993 e 102 da Lei Estadual nº 15.608/2007) pelo contratado, **concomitantemente** com a exigência de comprovação de capital social mínimo ou patrimônio líquido mínimo pelo licitante para fins de qualificação econômico-financeira, eis que referida previsão não viola os artigos 31, § 2º, da lei nº 8.666/1993 e 77, § 2º, da Lei Estadual nº 15.608/2007 (Acórdão nº 2.397/2017 - TCU - Plenário). [trecho destacado]

Mesmo após a Lei nº 14.133/2021, vale observar que há julgados reafirmando ambos os enunciados, como se verifica no âmbito do TCU no Acórdão nº 11080/2021 – Segunda Câmara, quanto o TCE-SP, conforme TC-015854.989.24-1 e TC-015872.989.24-9 (Tribunal Pleno).

No campo doutrinário, é interessante observar a lição de **Laércio José Loureiro dos Santos**⁴, precisamente por abordar diretamente as diferenças entre os enunciados de jurisprudência acima mencionados:

“a súmula 27 do TCE-SP e 275 do TCU tem interpretações muitíssimo distintas. **A Súmula do TCE-SP é fortemente influenciada pelo princípio da eficiência já que garante contratos com probabilidades maiores de êxito. Já a Súmula do TCU tem forte influência do princípio da competitividade, irmão siamês do princípio constitucional da livre iniciativa.**

A Súmula Paulista tem foco na questão econômico-financeira do Poder Público e a manutenção da vigência do contrato. A Súmula do TCU tem foco na questão da livre-iniciativa, pilar da vida econômica do Brasil. [...] [trechos destacados]

Defende o aludido autor, em particular, que a Lei nº 14.133/2021 prestigiou o posicionamento da Corte Bandeirante. Senão vejamos:

“[...] O que tem especial relevância é o *caput* do artigo 31 §2º da Lei 8.666/93 e o artigo 69, *caput*, da lei 14.133.

4 SANTOS, Laércio José Loureiro dos. **Nova Lei de Licitações: Súmula 27 do TCE-SP e Súmula 275 do TCU**. Artigo publicado no site Consultor Jurídico. Acesso em 24/01/2025. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mai-25/laercio-loureiro-nllc-sumula-27-tce-sp-sumula-275-tcu/>.

Primeira distinção é que o artigo 31§2º da Lei 8.666 favorece a interpretação restritiva adotada pelo TCU já que o “*caput*” usa a expressão “*limitar-se-á*” (Art. 31- *A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a;*”.

Já o artigo 69 da Lei 14.133/21 escancara a finalidade de cumprimento contratual, aproximando-se da hermenêutica da Corte de Contas Paulista. Prevê o referido artigo, em seu “*caput*” que as garantias são “*para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato*” (Art. 69. *A habilitação econômico-financeira visa a demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato, (...):*”

Portanto, aquilo que sob a égide da moribunda Lei 8.666/93 deu margem a interpretações distintas e igualmente legítimas nascidas diretamente de princípios constitucionais tem agora solução jurídica distinta.

O princípio da eficácia da administração pública e a efetivação dos contratos foi uma opção do legislador.

A opção do legislador foi favorecer, expressamente, o princípio da eficiência no âmbito das garantias contratuais para o cumprimento efetivo do contrato. O dinheiro público bem aplicado foi homenageado na nova lei.

O princípio da competitividade/libre iniciativa não foi afastado, apenas teve previsões noutros aspectos da nova Lei como, aliás, na própria existência de licitação que existe para homenagear a isonomia competitiva.

Assim, em nossa modesta opinião, a visionária Súmula 27 do e. TCE-SP foi prestigiada pela NLLC e a Súmula 275 do e. TCU foi, data venia, superada.”
[trecho destacado]

Ilustrado o cenário acima, adere a presente opinião ao entendimento de **Ronny Charles Lopes de Torres**⁵, em consonância com a *possibilidade de cumulação* de requisitos de qualificação econômica, abaixo resumido:

Em suma, nas licitações de compras para entrega futura, execução de obras e de serviços, sempre mediante a devida e fundamentada justificativa técnica, seria possível acrescer aos requisitos de habilitação econômica, previstos no

⁵ TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas comentadas**. 14ª ed, Editora Juspodivm: São Paulo, 2023, p. 410.

caput, um dos “requisitos suplementares” estabelecidos no pelo §4º do artigo 69, relativos a exigências (sempre alternativas) de: capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo.

Por sua vez, esta Assessoria Jurídica já se posicionou a favor de interpretação que entendeu ser a de menor restritividade no caso concreto, qual seja, a que afastou a possibilidade de cumulatividade – frise-se – por falta de motivação técnica da Origem⁶.

No caso ora examinado, assim disciplinou o **Edital do PE nº 90002/2024** sobre a matéria (Peça 22, fls. 18-19):

9.13. Serão exigidos os seguintes documentos, não abrangidos pelo Sicaf:

9.13.1. Quanto à qualificação econômico financeira:

9.13.1.1. Certidão negativa de pedido de falência ou concordata, expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica em data não superior a 60 dias da data da abertura do certame, se outro prazo não constar do documento.

9.13.1.2. Se a licitante não for sujeita ao regime falimentar, a certidão mencionada deverá ser substituída por certidão negativa de ações de insolvência civil, ou documento equivalente.

9.13.1.3. Balanço patrimonial e demonstrações contábeis dos 02 (dois) últimos exercícios sociais, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada sua substituição por balanço ou balancetes provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrados há mais de três meses da data da apresentação da proposta;

9.13.1.3.1. Caso a licitante tenha sido constituída a menos de 02 (dois) anos da data de abertura do certame, poderá apresentar os documentos elencados no item 9.13.1.3. relativos ao último exercício social.

9.13.1.4. Serão considerados como na forma da Lei, o Balanço Patrimonial e Demonstrações Contábeis assim apresentados:

9.13.1.4.1. Nas sociedades empresárias desobrigadas a adotar a ECD – Escrituração Contábil Digital e que não tenham optado por esse meio, deverão apresentar o Balanço Patrimonial e Demonstrações Contábeis, extraídos do

⁶ Rf. TC/009916/2018 (Peça 35). Vale assinalar que o achado de auditoria correspondente (2.5) foi considerado improcedente pelo Egrégio Plenário desta Casa, por ocasião do julgamento do referido TC, conforme Peças 21 e 47 daqueles autos.

Livro Diário, contendo Termo de Abertura e de Encerramento, através de Cópia Autenticada, Registrado na Junta Comercial ou no Registro Civil das Pessoas Jurídicas ou no Cartório de Registro de Títulos e Documentos para Sociedades Simples;

9.13.1.4.2. Para as sociedades empresárias obrigadas a adotar, ou que optaram por utilizar, a Escrituração Contábil Digital (ECD) deverão apresentar a impressão do arquivo gerado pelo SPED Contábil constando o Termo de Abertura e Encerramento com o termo de autenticação eletrônica gerada pelo sistema, recibo de entrega do Livro Digital e a Demonstração de Resultado do Exercício.

9.13.1.4.3. Nas sociedades empresárias regidas pelas Leis nº 6.404/76, 11.638/07, 11.941/09, a comprovação se dará através da apresentação de documento publicado em Diário Oficial ou em jornal de grande circulação;

9.13.1.4.4. Demonstração de atendimento dos índices contábeis previstos no ANEXO VII do edital.

9.13.1.4.4.1. A empresa que não tiver alcançado os índices exigidos no ANEXO VII será considerada inabilitada.

9.13.1.4.5. Capital Social correspondente a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação para cada lote ou totalidade de lotes ganhos pela licitante. [trechos destacados]

AUD, no Relatório Conclusivo, anotou que o Edital ora examinado listou outros documentos a título de garantia de adimplemento contratual, cuja cumulação com a exigência de capital social mínimo (**9.13.1.4.5**) contraria, em seu entendimento, o disposto no enunciado nº **275** de súmula do TCU, que sustenta aplicável por analogia ao presente caso (Peça 38, fls. 03-04).

Por sua vez, a SEME esclareceu que no caso não foram exigidas outras garantias de participação ou de execução contratual, justificando que optou “...*pela comprovação de capital social mínimo e índices contábeis, onde um complementa o outro, garantindo a boa saúde financeira das licitantes, a fim de demonstrar a sua capacidade em assumir as obrigações decorrentes da futura contratação*” (Peça 33, fls. 01-02).

Ademais disso, asseverou a SEME que “...*os produtos registrados, e que serão adquiridos, visam atender as necessidades dos atletas e munícipes que se utilizam dos serviços públicos*

disponibilizados pelo Município de São Paulo, através da SEME. As quantidades, portanto, são elevadas, justamente em razão do contexto da contratação. Não pode a Administração, correr riscos de eventual não atendimento por parte da(a) futura(s) detentora(s) da(s) ARP(s) decorrentes.” (Peça 33, fls. 01-02).

Pois bem. Segundo se compreende, a SEME realizou a contento o *distinguishing* entre o caso ora examinado e aqueles que basearam a edição da Súmula nº 275 do TCU, de 2012 (Peça 33, fls. 01-02).

Assim, em linhas gerais, conclui-se no sentido da legitimidade da possibilidade de cumulatividade das exigências de capital social mínimo e de demonstração de índices contábeis, desde que tecnicamente justificados nos autos do processo administrativo correspondente.

No caso ora examinado, a despeito dos números de participantes por lote (1 a 6) terem sido aparentemente satisfatórios, não foi possível verificar a existência de evidências concretas de eventuais implicações práticas negativas dessas exigências sobre a ampla competitividade no âmbito do PE nº 90002/2024, à luz das informações trazidas aos autos pela SEME (Peça 46) – até porque não foi especificado se as inabilitações noticiadas se deram em virtude das exigências de qualificação econômico-financeira cuja cumulatividade foi questionada na peça inicial (em especial, **9.13.1.4.5**).

Feita essa ressalva, parece justificada na hipótese desses autos a cumulação de ambas as exigências, induzindo ao convencimento pela **improcedência** da representação nesse ponto.

2.2. Da pesquisa de preços e indícios de sobrepreço

Do ponto de vista jurídico, entende-se que as razões já expendidas pelo Exmo. Conselheiro Relator no Despacho da Peça 39 conduzem à improcedência da representação neste ponto.

Desde então, não se vislumbrando acréscimos de elementos novos à instrução processual capazes de modificação do alcançado na análise da medida cautelar, prevalece a necessidade de observância do princípio da segurança jurídica.

III – Conclusão

Diante do exposto, opina-se pelo **conhecimento** da representação, diante do preenchimento dos requisitos de admissibilidade previstos no artigo 55 do RITCMSP e, quanto ao mérito, nos termos das considerações acima expendidas, no sentido da **improcedência** da representação (**2.1** e **2.2**), sem prejuízo de eventuais medidas cabíveis, a critério superior.

São Paulo, 31 de janeiro de 2025 .

DANIEL RÉGIS E SILVA
Assessor de Controle Externo
OAB/SP nº 384.543

DRS/