



Parecer Jurídico nº 344/2022

Processo Licitação nº 19/2022 - Pregão Presencial

Autoridade Solicitante: Setor de Compras, Licitações e Contratos

Assunto: Minuta de edital de Pregão para contratação de empresa para fornecimento de vale alimentação na forma de cartões eletrônicos com chip de segurança

Ementa: PREGÃO PRESENCIAL. VALE ALIMENTAÇÃO. NECESSIDADE DE CORREÇÃO DE DIVERSAS CLÁUSULAS DO EDITAL POR INCOMPATIBILIDADE COM A LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA E COM A JURISPRUDÊNCIA DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO.

1. Não devem constar do Edital de licitação e Termo de Referência quantitativos referentes a cargos efetivos ou em comissão não providos, por observância ao que dispõe o art. 7º, §4º, da Lei federal nº 8.666/93 e art. 21, incisos II e III, da LRF.
2. Necessidade de correção das cláusulas de qualificação fiscal e trabalhista.
3. Necessidade de correção das exigências relativas à qualificação técnica.
4. Exclusão do registro no PAT como requisito de habilitação, podendo, todavia, ser incluído como condição para assinatura do contrato.
5. Necessidade de revisão dos índices contábeis exigidos na qualificação econômico-financeira, devendo ser juntada justificativa técnica aos autos por força do art. 31, §5º, da Lei federal nº 8.666/93.
6. O número e localização dos estabelecimentos credenciados devem ser estabelecidos mediante critério objetivo, sendo recomendado que seja o número de beneficiários residentes em cada Município. Necessidade de revisão da exigência constante do item 5 do Termo de Referência. Necessidade de juntada de levantamento técnico com dados anonimizados para justificar o número e localização dos estabelecimentos credenciados. Municípios em que não há beneficiários devem ser excluídos da lista.
7. Recomendação de inclusão de cláusula na minuta de contrato que permita a alteração do valor dos benefícios caso venha norma superveniente.
8. Outras providências necessárias.
9. Parecer pela desaprovação da minuta de edital e anexos, nos termos do art. 38, parágrafo único, devendo a minuta ser retificada para nova análise, conforme providências constantes da conclusão do parecer.

RELATÓRIO

Trata-se de procedimento licitatório, na modalidade Pregão Presencial, cujo objeto é “fornecimento de vale alimentação na forma de cartões eletrônicos com chip de segurança, destinados a proporcionarem poder de compra de alimentação em estabelecimentos comerciais credenciados, para os servidores e estagiários da Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque”.

O procedimento veio assim instruído:

1. Solicitação de demanda;

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - **Fone:** (11) 4784-8444 - **Fax:** (11) 4784-8447

E: www.camarasaoroque.sp.gov.br | **E-mail:** camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br

São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

2. Quadro de cotações 97;
3. Justificativa de Preço;
4. Autorização do Presidente;
5. Ofício à contabilidade;
6. Nota de Reserva Orçamentária;
7. Certificado Pregoeiro;
8. Portaria da Mesa nº 103;
9. Minuta de Edital PP102022;
10. Ofício ao Jurídico;

A tramitação para este procurador ocorreu no dia 14/10/2022.

É o relatório.

Passo a opinar.

ANÁLISE JURÍDICA

I. NA NECESSIDADE DE CORRETO DIMENSIONAMENTO DOS QUANTITATIVOS TENDO EM VISTA OS ARTS. 21, INCISOS II E III, DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL E ARTS. 7º, §4º, E 65, §1º, DA LEI FEDERAL Nº 8.666/93

De acordo com o art. 7º, §4º da Lei federal nº 8.666/93, é vedado incluir objeto que não corresponda à previsão *real* do projeto básico ou executivo. Tal dispositivo deve ser interpretado em conjunto com o princípio do planejamento (LRF, art. 1º, §1º) e da eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição Federal). No caso, portanto, o edital e o termo de referência (que, no caso, substitui o projeto básico) devem corresponder à estimativa real e previsível do ente público, considerando o que pode a Administração licitamente compromissar e se planejar.

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - **Fone:** (11) 4784-8444 - **Fax:** (11) 4784-8447

E: www.camarasaoroque.sp.gov.br | **E-mail:** camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br

São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

No caso, no processo licitatório, está claro que o procedimento dimensiona o número de quantitativos levando em consideração o futuro e eventual provimento de 15 (quinze) cargos em comissão de Secretários de Gabinete que não se encontram neste momento providos.

Importante, neste ponto, enfatizar que, no atual momento, a Administração não pode aumentar despesa com pessoal nem assumir compromisso de aumentá-la pela gestão seguinte, sob pena de infringir a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Confira o que dispõe o art. 21 da Lei de Responsabilidade Fiscal, com redação dada pela Lei Complementar federal 173/2020:

“Art. 21. É nulo de pleno direito: (Redação dada pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

I - o ato que provoque aumento da despesa com pessoal e não atenda:

a) às exigências dos arts. 16 e 17 desta Lei Complementar e o disposto no inciso XIII do caput do art. 37 e no § 1º do art. 169 da Constituição Federal; e (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

b) ao limite legal de comprometimento aplicado às despesas com pessoal inativo; (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

II - o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do titular de Poder ou órgão referido no art. 20; (Redação dada pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

III - o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal que preveja parcelas a serem implementadas em períodos posteriores ao final do mandato do titular de Poder ou órgão referido no art. 20; (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

IV - a aprovação, a edição ou a sanção, por Chefe do Poder Executivo, por Presidente e demais membros da Mesa ou órgão decisório equivalente do Poder Legislativo, por Presidente de Tribunal do Poder Judiciário e pelo Chefe do Ministério Público, da União e dos Estados, de norma legal contendo plano de alteração, reajuste e reestruturação de carreiras do setor público, ou a edição de ato, por esses agentes, para nomeação de aprovados em concurso público, quando: (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

a) resultar em aumento da despesa com pessoal nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato do titular do Poder Executivo; ou (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

b) resultar em aumento da despesa com pessoal que preveja parcelas a serem implementadas em períodos posteriores ao final do mandato do titular do Poder Executivo. (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

§ 1º As restrições de que tratam os incisos II, III e IV: (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

I - devem ser aplicadas inclusive durante o período de recondução ou reeleição para o cargo de titular do Poder ou órgão autônomo; e (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

II - aplicam-se somente aos titulares ocupantes de cargo eletivo dos Poderes referidos no art. 20. (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)

§ 2º Para fins do disposto neste artigo, serão considerados atos de nomeação ou de provimento de cargo público aqueles referidos no § 1º do art. 169 da

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - **Fone:** (11) 4784-8444 - **Fax:** (11) 4784-8447

E-mail: camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br | **E-mail:** camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br

São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

Constituição Federal ou aqueles que, de qualquer modo, acarretem a criação ou o aumento de despesa obrigatória. (Incluído pela Lei Complementar nº 173, de 2020)''

Neste momento, a Câmara Municipal está proibida de realizar nomeações, pois se encontra no período vedado de 180 (cento e oitenta) dias (LRF, art. 21, inciso II) e também não pode praticar ato que resulte em aumento de despesas com pessoal que serão apenas implementadas na gestão seguinte (LRF, art. 21, inciso III). Deste modo, a gestão atual não pode prover estes cargos e também não pode assumir compromisso pela próxima gestão de provê-los.

O Superior Tribunal de Justiça, mesmo antes das alterações promovidas pela Lei Complementar federal nº 173/2020, já havia se manifestado pela impossibilidade de criação de despesas com pessoal em final de mandato cujas parcelas fossem implementadas na gestão posterior. Confira:

“3. No mais, note-se que a LC n. 101/00 é expressa ao vedar a mera expedição, nos 180 dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder, de ato que resulte o aumento de despesa com pessoal.

4. Nesse sentido, pouco importa se o resultado do ato somente virá na próxima gestão e, por isso mesmo, não procede o argumento de que o novo subsídio ‘só foi implantado no mandato subsequente, não no período vedado pela lei’. Em verdade, entender o contrário resultaria em deixar à míngua de eficácia o art. 21, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal, pois se deixaria de evitar os riscos e de corrigir os desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas na próxima gestão” (REsp n. 1.170.241/MS, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 2/12/2010, DJe de 14/12/2010).

Além disso, a diferença existente de 30 (trinta) beneficiários (se assim for) e 45 (quarenta e cinco) beneficiários, contados 15 (quinze) cargos em comissão de Secretário de Gabinete que a Administração pretende supostamente prover, extrapola a margem de 25% para alterações quantitativas unilaterais, nos termos do art. 65, §1º, da Lei federal nº 8.666/93. Este fato inviabilizaria, por exemplo, que o próximo mandatário faça a supressão do objeto de forma unilateral, dependendo necessariamente de consentimento da parte contratada, nos termos do art. 65, §2º, inciso II, da Lei federal nº 8.666/93, o que seria medida temerária, pois a Administração Pública não pode ficar à mercê da boa vontade de particulares.

Em que pese a Administração possa legitimamente realizar contratos com demanda variável, esta variação não está isenta da aplicação das disposições previstas



no art. 65 da Lei federal nº 8.666/93¹, não devendo a Administração superdimensionar o objeto da licitação a pretexto de conferir margem de segurança para sua contratação².

Deste modo, entendo que não se pode incluir no objeto desta licitação vales-alimentação relativos a cargos efetivos ou em comissão não providos, eis que não é lícito a esta gestão compromissar o provimento destes cargos pela próxima gestão, especialmente se forem ultrapassar o limite de 25% previsto no art. 65, §1º, da Lei federal nº 8.666/93, tendo em conta, ainda, o que dispõe o art. 21, incisos II e III, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Tal lógica, todavia, não se aplica aos estagiários, pois as despesas com eles realizadas não integram o montante relativo às despesas com pessoal³, sendo lícito, portanto, a esta gestão contratar estagiários ou planejar a sua contratação sem infringir o art. 21, incisos II e III, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

II – DAS CORREÇÕES NECESSÁRIAS NA MINUTA DE EDITAL

a) Exclusão da cláusula que permite a desclassificação de proposta em fase anterior à fase de aceitabilidade

Deve ser excluída a Cláusula 9.4.3, pois esta permite a desclassificação prematura da proposta, sendo que Lei federal nº 10.520/02, fica que a exequibilidade deve ser verificada na fase de aceitabilidade (art. 4º, inciso XI, da Lei federal nº 10.520/02).

¹ Neste sentido: CARVALHO, Alberto. Limite de supressão e os contratos administrativos por demanda variável. **Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-08/alberto-carvalho-contratos-administrativos-demanda-variavel#:~:text=Artigo%2065%2C%20C2%A71%C2%BA.,50%25%20para%20os%20seus%20acr%C3%A9scimos>. Acesso em: 25 out. 2022.

² Cf. Acórdão TCU 331/2009-Plenário

³ Neste sentido: “Inicialmente, no que tange aos dispêndios com pessoal, acato o pronunciamento de ATJ (fls. 169) no sentido de excluir dos aludidos gastos os valores referentes a estagiários, uma vez que despesas da espécie têm ressalva legal nos termos do § 1º do artigo 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal” (TCE-SP, Processo TC3095.026.05 – publicado no DOE de 11.08.2005). E também: “...as despesas com estagiários, realizadas mediante Convênio celebrado entre o Consórcio Intermunicipal de Promoção Social e a Legião Mirim de Bauru não caracterizam substituição de servidores, não compondo, da mesma forma, o cálculo de gastos do setor” (TCE-SP, Processo TC 2385.026.00 – Publicado no DOE de 01.12.2005). Na mesma esteira o TCE-ES: PARECER/CONSULTA TC-014/2013.



b) Correção das Cláusulas referentes à habilitação fiscal e trabalhista

Relativamente à regularidade fiscal, o Edital deve ser expresso e inequívoco em admitir tanto a certidão negativa, quanto à certidão positiva com efeito de negativa. Neste sentido, deve ser corrigida a Cláusula 8.2.3, ficando recomendada a seguinte redação, extraída de Edital de Licitação do TCE/SP⁴:

“Cláusula 8.2.3 Certidão Conjunta Negativa de Débitos ou Positiva com efeito de Negativa, relativa a Tributos Federais (inclusive às contribuições sociais) e à Dívida Ativa da União”.

Quanto à Cláusula 8.2.5, esta faz referência à Resolução Administrativa nº 1470/2011 do TST. Recomenda-se a seguinte redação, extraída do mesmo Edital de Licitação anteriormente mencionado:

“Cláusula 8.2.5 Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas - CNDT ou Positiva de Débitos Trabalhistas com Efeito de Negativa”.

c) Correção da cláusula referente à qualificação técnica

Quanto à qualificação técnica, deve a Cláusula 8.4.1 adequada à Súmula 24 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, devendo ser expressa, precisa e inequívoca quanto ao percentual mínimo exigido tanto para os quantitativos quanto para o prazo. Desta forma, o Edital não pode exigir 12 (doze) meses para efeito de atestado de capacidade técnico, mas prazo equivalente a 50% ou 60%, percentual que deve ser escolhido pela Administração de forma precisa, sem deixar margem para dúvida. Neste sentido, também deve ser previsto percentual preciso quanto às quantidades.

Em relação à necessidade de aplicação dos limites previstos na Súmula 24 do TCE-SP inclusive para o prazo são os seguintes precedentes:

“Desse modo, conforme demonstra a jurisprudência acima referida, esta Corte reconheceu que, em se tratando de capacitação técnico-operacional, é possível estipular período mínimo de prestação de serviços na execução de contratos anteriores, desde que observados os limites previstos na Súmula nº 24” (TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-1506/026/07, Sessão: 09/05/2012).

⁴ TCE-SP. Pregão Eletrônico nº 52/22. Edital disponível em:

https://www4.tce.sp.gov.br/licitacao/sites/licitacao/files/pre_eletronico_52_sei_5679_2022_47_atualizacao_tecnologica_subsele_da_epcp_e_auditorio_nobre_edital_2312_3149_2258_2455.pdf. Acesso em: 26 out. 2022.



“No mérito e respeitosamente, não vejo irregularidade na regra de qualificação técnica disposta no edital, na medida em que os atestados deveriam **comprovar a experiência** na prestação dos serviços de portaria em ao menos 7 (sete) postos, **pelo prazo mínimo de 6 (seis) meses** (item 7.4.1 – fl. 68), circunstâncias absolutamente compatíveis com o objeto, **sem extrapolar os parâmetros do enunciado nº 24 da Súmula de jurisprudência deste Tribunal**” (TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-000462/010/12, Sessão: 08/03/2017, rel. Renato Martins Costa, grifos nossos).

“Relativamente à exigência de comprovação da capacidade técnico-operacional da empresa, para aferir o desempenho das atividades pertinentes e compatíveis com o objeto licitado, a CPTM promoveu as alterações adequadas no edital, reduzindo o prazo de doze para sete meses. Assim, a nova prescrição do instrumento convocatório não formulou exigência acima da estipulada na súmula n. 24, na medida em que ficou dentro dos limites considerados razoáveis (50% a 60% da execução pretendida). As recentes decisões desta Corte vêm aplicando, por analogia, o disposto na súmula n. 24, que estabelece como razoáveis percentuais que giram em torno de 50% e 60% para as parcelas de serviços a serem executados, adotando-se o mesmo critério dos quantitativos para os prazos estabelecidos” (TCE-SP, TC-010983/026/07, Sessão: 22/06/10).

Deste modo, faz-se necessária a revisão da Cláusula 8.4.1.

d) Exclusão do Registro do PAT dos documentos de habilitação

A Cláusula 8.4.2 deve ser suprimida, pois o Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo entende que tal exigência não deve constar como requisito de qualificação. Confira os precedentes abaixo:

“Por fim, tem-se a exigência contida no subitem 7.3.2 do edital, relativa ao ‘Comprovante de Registro no Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT’, que a Municipalidade justificou alegando ser condição para a Municipalidade conceder a seus funcionários o benefício sem incorrer na necessidade de recolhimentos previdenciários e ao FGTS.

[...]

Ocorre que a inscrição no referido programa do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), além de ser facultativa às empresas que desejarem usufruir dos benefícios fiscais lá previstos, extrapola o taxativo rol de documentos permitidos pelos artigos 28 a 31 da Lei nº 8666/93, sendo, portanto, ilegal e contrária à firme jurisprudência desta Corte

[...]

Desta forma, julgo procedente a impugnação ofertada em face da exigência de registro no Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT, contida no subitem 7.3.2, a qual deverá, portanto, ser excluída do edital” (TCE-SP, Tribunal Pleno, TC 000905.989.13-3, Sessão: 03/07/2013).

“Verifico que cabem recomendações à Prefeitura de Cordeirópolis para a exigência de comprovação de registro no Programa de Alimentação do

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - **Fone:** (11) 4784-8444 - **Fax:** (11) 4784-8447

E: www.camarasaoroque.sp.gov.br | **E-mail:** camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br

São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

Trabalhador – PAT somente ao licitante vencedor, restando indevida a exigência do quesito na fase de habilitação, aspecto a ser considerado nos futuros certames; e que observe com maior rigor a necessidade de previsão legal para concessão de vale alimentação a funcionários e inativos” (TCE-SP, Primeira Câmara, TC-003590.989.14-1, Sessão: 29-09-2020).

“Igualmente controversa a obrigatoriedade, para fins de habilitação, de prova de registro ou cadastro do proponente no Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT (item 1.1.10 do Anexo II do edital), por exceder o conjunto de documentos estabelecido taxativamente pela Lei 8.666/93 (artigos 27 a 31)” (TCE-SP, Primeira Câmara, TC-001309/989/17, Sessão: 19/02/19).

“De igual modo, a exigência de registro no Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT (contida no item 1.4, c)4, do Ministério do Trabalho, extrapola o taxativo rol de documentos permitidos pelos artigos 28 a 31 da Lei nº 8666/93, contrariando a jurisprudência desta Corte” (TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-005409/026/08, Sessão: 16/07/2014)”.

“A comprovação de registro no Programa de Alimentação do Trabalho – PAT deve ser exigida apenas do licitante vencedor do certame como condição contratual” (TCE-SP, TC-000956/003/12, Sessão: 12-02-2019).

“Com relação à exigência de comprovação de registro no Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT (item 7.9.1), esclareço que esta Egrégia Câmara, por ocasião do julgamento deste feito na sessão ordinária realizada em 12-02-19, entendeu por bem relevar a falha apontada, porém, com recomendação à Câmara de Campinas para que, em futuros editais, imponha a apresentação do registro apenas pelo licitante vencedor e como condição contratual.

Isso porque a comprovação de credenciamento junto ao Ministério do Trabalho não demanda esforço demasiado, pelo contrário, é de fácil obtenção, motivo pelo qual nada obsta que a Administração estimule a implementação do programa.

Vale mencionar ainda que a competitividade verificada na licitação, aliada à ausência de inabilitação de empresas por conta dessa imposição, também contribuíram favoravelmente para a formação do mencionado juízo” (TCE-SP, TC-000956/003/12, Sessão: 12-02-19, trecho do voto do rel. Sidney Estanislau Beraldo).

Caso queira, a Administração pode exigir o registro no PAT como requisito para assinatura do contrato, na esteira do que preveem os acórdãos proferidos nos autos do TC-000956/003/12 e TC-000956/003/12, mas jamais pode prever como requisito de habilitação por estar ausente no rol taxativo da lei.

e) Revisão dos índices contábeis exigidos na qualificação econômico-financeira

O art. 31, inciso I, da Lei federal nº 8.666/93 estabelece que pode a Administração exigir, como requisito de qualificação econômico-financeira, “balanço

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - **Fone:** (11) 4784-8444 - **Fax:** (11) 4784-8447

E: www.camarasaoroque.sp.gov.br | **E-mail:** camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br

São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta”.

Todavia, o §5º do art. 31, especifica que “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”.

Assim, a exigência de comprovação de boa situação financeira deve ser objeto de estudo prévio com fixação de índices contábeis objetivos que constarão obrigatoriamente do edital, devendo constar justificativa técnica no bojo do processo administrativo. Os índices exigidos devem, ainda, ser apenas os índices suficientes para garantir o cumprimento das obrigações decorrentes da licitação e deve ser compatível com o segmento de mercado pertinente ao objeto da licitação⁵.

No caso, não consta do processo licitatório qualquer justificativa técnica para os índices contábeis exigidos. Na Cláusula 8.5.3 definiu-se como índices contábeis, o índice de liquidez corrente (LC) igual ou superior a 1,00, índice de endividamento (ET) igual ou inferior a 0,80 e o índice de liquidez geral igual ou maior do que 1,00. Tais índices precisam ser formalmente justificados.

Cabe pontuar que o índice de endividamento (ET) igual ou inferior a 0,80 já foi julgado ilegal pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo em exame prévio de edital relativo a pregão para contratação de serviço de gerenciamento vale-alimentação, que entendeu que para este segmento da economia, tal índice era restritivo. Confira os acórdãos abaixo:

⁵ “A fixação dos índices econômico-financeiros, notadamente em relação ao grau de endividamento, deve guardar pertinência com o ramo de atividade da empresa licitante, a fim de aferir sua boa situação financeira e verificar se é suficiente para o cumprimento das obrigações decorrentes da licitação, em conformidade com o disposto no § 5º do artigo 31 da Lei nº 8.666/93” (TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-015358.989.19-2, Sessão de 04-09-2019).



“Ademais, constato que o patamar eleito para a demonstração do endividamento das licitantes ($IE \leq 0,80$) encontra-se em descompasso com o ramo de mercado em que se insere o objeto, alijando da disputa parte significativa das empresas desse segmento” (TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-015358.989.19-2, Sessão: 04/09/2019).

Assim, em que pese haja justificativa no rodapé da Cláusula justificando a adoção dos índices, verifica-se por meio do precedente supracitado, que ao menos o índice de endividamento se encontra desatualizado.

Deste modo, deve ser revista a Cláusula 8.5.3, bem como deve ser juntada justificativa quanto aos índices contábeis conforme ordena o art. 31, §5º, da Lei federal nº 8.666/93, devendo os índices adotados serem pertinentes ao ramo de atividade em questão e apenas os suficientes para garantir o cumprimento das obrigações decorrentes da licitação (TC-015358.989.19-2).

Neste sentido, importante observar, ainda, o que preconiza a Súmula 289-TCU:

“A exigência de índices contábeis de capacidade financeira, a exemplo dos de liquidez, deve estar justificada no processo da licitação, conter parâmetros atualizados de mercado e atender às características do objeto licitado, sendo vedado o uso de índice cuja fórmula inclua rentabilidade ou lucratividade”.

f) Critério para definição da quantidade de estabelecimentos credenciados

A definição da quantidade e localização de estabelecimentos credenciados deve ser apenas a suficiente para garantir a adequada execução do objeto do contrato, devendo, portanto, guardar pertinência com a residência dos beneficiários do vale-alimentação. Confira precedentes do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo sobre o assunto:

“Importante frisar, neste aspecto, que o edital adotou como parâmetro, para o estabelecimento da rede credenciada mínima dos citados Municípios, o número de habitantes da localidade e não a quantidade de servidores lá residentes, de forma que, para algumas daquelas cidades, houve a requisição de um número maior de estabelecimentos em relação aos beneficiários⁷, evidenciando a desproporcionalidade da exigência” (TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-026335.989.20-8 e TC-026350.989.20-8, Sessão: 10/02/2021, trecho do voto da relatora Sílvia Monteiro).

“2.2 É entendimento consolidado neste Tribunal de que a exigência de rede credenciada mínima, para dar atendimento ao interesse visado, além de se direcionar somente à contratada, deve pautar-se na razoabilidade e proporcionalidade, não se admitindo imposição além do necessário para atender à demanda” (TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-002144.989.21-7, Sessão: 10/03/2021)

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - **Fone:** (11) 4784-8444 - **Fax:** (11) 4784-8447

E: www.camarasaoroque.sp.gov.br | **E-mail:** camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br

São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. VALES DE BENEFÍCIOS. REDE CREDENCIADA. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA EXTENSÃO DA REDE E NOS PRAZOS PARA CREDENCIAMENTO. PROCEDÊNCIA. V.U. 1. A Administração deve observar os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da finalidade e da motivação de seus atos na definição do número de estabelecimentos exigidos e sua distribuição geográfica, de acordo com a quantidade e perfil dos beneficiários; 2. O prazo para comprovação de rede de credenciados requer a definição de intervalos razoáveis e adequados à quantidade de estabelecimentos requerida e a sua distribuição geográfica (TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-000376.989.19-0; TC-000446.989.19-6; TC-000479.989.19-6, Sessão: 13/02/19).

“De posse dos dados residenciais de servidores, estagiários e legionários municipais, a Origem justifica, a contento, a incorporação de zonas limítrofes na rede credenciada, plausível presumir que a eleição de estabelecimentos situados em localidades acessíveis aos beneficiários dos créditos assegura efetivo aproveitamento do vale alimentação.

A Prefeitura, contudo, agiu mal ao estender a área de cobertura a Municípios não mais pertinentes, seja pelo desligamento do servidor antes favorecido (São Carlos), seja pela inexistência de usuários lá domiciliados (Ibitinga)” (TCE-SP, Primeira Câmara, TC-022437.989.20-5, Sessão: 29/06/2021 rel. Edgard Camargo Rodrigues).

Assim, faz-se necessário instruir os autos com informações sobre a distribuição de beneficiários pelos Municípios, **respeitando-se os dados pessoais dos beneficiários, trazendo a informação aos autos de forma anonimizada** (LGPD, art. 7º, inciso IV; art. 16, inciso IV; art. 18, inciso IV; e art. 5º, inciso LXXIX, da Constituição Federal).

Em posse destes dados anonimizados, a Administração deve, *se for o caso*, reelaborar o quadro do item 5 do Termo de Referência, devendo ser excluídos os Municípios sem pertinência com os beneficiários.

g) Menção de precedentes sobre vedação à taxa negativa

Recomendo a inclusão de menção expressa aos precedentes do TCE-SP que vedam a possibilidade de se admitir a taxa de administração negativa para fins de maior transparência no edital. Assim, sugiro a seguinte redação para a cláusula 7.8:

“**7.8** Não será aceita proposta com taxa negativa conforme posicionamento do TCE/SP (TC-019040.989.22-0, TC-018930.989.22-3, TC-016433.989.22-5, TC-015386.989.22-2, TC-005627.989.22-1 e TC-009245.989.22-3)”.



h) Recomendação para previsão na minuta de edital de possibilidade de atualização do valor do benefício em caso de alteração

Considerando que o valor do benefício pode ser alterado por norma superveniente, é importante que seja incluída cláusula que autorize a possibilidade de aditamento do contrato para alterar este valor.

Assim, fica sugerida a inclusão da seguinte cláusula da minuta de contrato:

“5.1. O valor de face do benefício poderá ser alterado, por meio de termo aditivo, caso sobrevenha norma alterando o valor do vale-alimentação”.

i) Da responsabilidade acerca das especificações técnicas do termo de referência

As exigências realizadas no Termo de Referência se encontram *aparentemente* dentro do que permite o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo exigir em certames licitatórios para contratação de serviço de gerenciamento de vale alimentação.

Quanto a exigência de aplicativos, a Corte de Contas paulista a admite, desde que não exija tecnologias muito específicas ou fixe rol taxativo de empresas de *delivery*.

Confira:

“Conforme antecipado por ocasião da decisão que determinou a paralisação do certame, esta Corte reúne decisões, em sede de exame cautelar, afastando críticas direcionadas à exigência de disponibilização de tecnologia de transferência financeira por aproximação, bem como de convênio com empresas para pagamento em website ou por meio de aplicativos de entrega [...]

Ante o exposto, acompanho as conclusões de ATJ e MPC e voto pela procedência parcial da representação, determinando à Prefeitura Municipal de Guarantã que, caso queira prosseguir com o certame: (i) passe a admitir a oferta de outras tecnologias de pagamento sem contato, como por QR Code, especificando-as objetivamente; e (ii) assegure o caráter exemplificativo do rol de plataformas de delivery indicadas no edital” (TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-00016190.989.22-8, Sessão: 17/08/2022).

“Não é ilegal ou restritiva a exigência de que a futura contratada possua convênio para pagamento em site (página na internet) ou apps de empresa de aplicativo de entrega” (TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-007740.989.22-3 (Ref. TC-001385.989.22-3), Sessão: 27/04/2022).

“É certo que o avanço tecnológico é uma tendência, cabendo a esta Corte obstar requisições da espécie apenas se demonstrado inequívoco prejuízo à competitividade e à obtenção da melhor proposta, o que, no caso, não ocorreu, já que a Representante se absteve de trazer comprovações sobre suas

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - Fone: (11) 4784-8444 - Fax: (11) 4784-8447

E: www.camarasaoroque.sp.gov.br | E-mail: camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br
São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

alegações” (TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-002144.989.21-7, Sessão de 10-03-21).

Quanto à Central de Atendimento “0800”, também já entendeu legal tal exigência:

“Não contraria a lei exigência de manutenção de central de atendimento “0800” nos termos do item 2.118 do Termo de Referência, medida inserida na esfera de poder discricionário do Administrador” (TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-000818.989.13-9, Sessão: 19/06/13, trecho do voto do rel. Edgard Camargo Rodrigues).

Além disso, **é de responsabilidade do setor técnico competente verificar se as especificações técnicas são ou não restritivas. Descabe ao parecerista jurídico realizar tal aferição por lhe faltar conhecimento técnico de mercado.**

Deste modo, **deixo de verificar se as especificações técnicas são ou não indevidamente restritivas, devendo o setor técnico estar atento a este respeito.**

Todavia, o edital precisa ser mais claro no tópico 11 quanto à necessidade ou não de comprovar as especificações técnicas previstas no item 4 do Termo de Referência por ocasião da assinatura do contrato.

j) Possibilidade de envio do arquivo com rede credenciada por arquivo na internet

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo exige que os editais de licitação permitam acesso à administração por meio eletrônico. Neste sentido, a Corte já exigiu que as impugnações e recursos possam ser apresentados por meio eletrônico⁶.

Assim, é possível aplicar tal jurisprudência por analogia.

Deste modo, entendo que deve ser revisada a exigência da rede credenciada ser enviada por CD ou *pen drive*, devendo ser facultado o envio por meio eletrônico (à distância), como, por exemplo, por *e-mail*.

⁶ Cf. TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-7653.989.21-0, Exame Prévio de Edital, Sessão: 19/05/2021



k) Exiguidade do prazo para assinatura do contrato

O prazo de 2 (dois) dias corridos para assinatura do contrato é excessivamente exíguo, considerando outros Editais do próprio órgão que já previram prazos maiores (3 dias corridos majoritariamente). Assim, deve ser alterada a Cláusula 11.1.3 do edital para ampliar o prazo para assinatura do contrato, ficando desde já sugerido o prazo de 5 (cinco) dias corridos, adotado pelas minutas-padrão da PGE-SP.

l) Correção da expressão “inabilitação” no Termo de Referência

A expressão “inabilitação” no termo de referência é incorreta, pois a apresentação de rede credenciada não é requisito de habilitação, mas condição para a assinatura do contrato. Assim, fica sugerida a seguinte redação para o trecho no Termo de Referência:

“A não apresentação da relação dentro do referido prazo acima acarretará a perda do direito à assinatura do contrato, sendo convocada a licitante classificada em segundo lugar”.

Devem ser corrigidas os demais trechos que equivocadamente utilizam a expressão “Inabilitação” para a perda do direito de assinar o contrato.

CONCLUSÃO

Nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei federal nº 8.666/93, **DESAPROVO** a minuta de edital e seus anexos, sendo necessária revisão do edital, bem como maior instrução do procedimento, por meio da adoção das providências abaixo discriminadas para que a minuta possa ser novamente analisada.

Quanto ao procedimento, este deve ser instruído com:

a) Alteração dos quantitativos, excluindo destes os cargos efetivos ou em comissão não providos, devendo ser providenciadas as consequentes alterações na minuta de edital e anexos;

b) Justificativa pelo setor técnico competente quanto aos índices contábeis (esta justificativa é obrigatória por força do art. 31, §5º, da Lei federal nº 8.666/93),



alertando desde já que o TCE/SP já julgou o índice de endividamento 0,8, exigido na minuta de edital, como restritivo;

c) Justificativa quanto à rede credenciada utilizando critério objetivo, ficando desde já recomendado que as exigências sejam realizadas proporcionalmente com base no domicílio dos beneficiários do vale-alimentação, considerando precedentes do TCE/SP.

b.1) Sobre este aspecto, recomendo a juntada de informação do setor de recursos humanos **anonimizada** (para fins de proteção de dados pessoais dos beneficiários) sobre os Municípios onde existem beneficiários residentes, elencando a quantidade em cada um deles.

Quanto à minuta de edital de licitação:

a) Exclusão da cláusula 9.4.3 por possibilitar exame de inexecutabilidade em momento inoportuno.

b) Devem ser corrigidas as cláusulas sobre habilitação fiscal e trabalhista, sendo sugeridas as seguintes:

“Cláusula 8.2.3 Certidão Conjunta Negativa de Débitos ou Positiva com efeito de Negativa, relativa a Tributos Federais (inclusive às contribuições sociais) e à Dívida Ativa da União”.

“Cláusula 8.2.5 Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas - CNDT ou Positiva de Débitos Trabalhistas com Efeito de Negativa”.

c) Revisão da cláusula 8.4.1, devendo ser aplicada a Súmula 24 do TCE/SP de forma precisa, sendo definido o exato percentual exigido, devendo, ainda tal Súmula ser aplicada também ao prazo (que não pode ser de 100%, pois equivale ao prazo de vigência do futuro contrato, devendo ser em algum percentual precisamente definido entre 50 ou 60%);

d) Revisão dos índices de qualificação econômico-financeira conforme justificativa que será juntada como exige o art. 31, §5º, da Lei federal nº 8.666/93;

e) Correção do termo de referência para possibilitar o envio do arquivo constando a rede credenciada por meio eletrônico à distância, como, por exemplo, por *e-mail*;

Câmara Municipal da Estância Turística de São Roque



Rua São Paulo, 355 - Jd. Renê - CEP 18135-125 - Caixa Postal 80 - CEP 18130-970

CNPJ/MF: 50.804.079/0001-81 - **Fone:** (11) 4784-8444 - **Fax:** (11) 4784-8447

E: www.camarasaoroque.sp.gov.br | **E-mail:** camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br

São Roque - 'A Terra do Vinho e Bonita por Natureza'

f) Alteração do quantitativo e Municípios em que se exige que o licitante vencedor comprove estabelecimentos credenciados conforme informação que será oportunamente juntada aos autos;

g) Inclusão dos precedentes que proíbem a taxa de administração negativa:

“7.8 Não será aceita proposta com taxa negativa conforme posicionamento do TCE/SP (TC-019040.989.22-0, TC-018930.989.22-3, TC-016433.989.22-5, TC-015386.989.22-2, TC-005627.989.22-1 e TC-009245.989.22-3)”.

h) Revisão do prazo de 2 (dois) dias corridos para assinatura do contrato previsto na Cláusula 11.1.3, pois excessivamente exíguo, ficando recomendado o prazo de 5 (cinco) dias corridos, conforme minuta-padrão da PGE-SP.

i) O edital deve ser mais claro no tópico “11 – DA CONTRATAÇÃO” acerca da necessidade ou não de se comprovar as especificações técnicas contidas no item 4 do Termo de Referência como condição para assinatura do contrato.

j) Correção do termo de referência para corrigir a expressão “inabilitação” equivocadamente utilizada, ficando sugerida a seguinte redação:

“A não apresentação da relação dentro do referido prazo acima acarretará a perda do direito à assinatura do contrato, sendo convocada a licitante classificada em segundo lugar”.

Quanto à minuta de contrato:

a) Inclusão de Cláusula que preveja a possibilidade de alteração do valor de face do benefício, ficando sugerida a seguinte cláusula:

“5.1. O valor de face do benefício poderá ser alterado, por meio de termo aditivo, caso sobrevenha norma alterando o valor do vale-alimentação”.

Ressalvo, por fim, que não cabe a este parecerista verificar se as especificações técnicas são ou não restritivas, sendo isto responsabilidade do setor técnico competente aferir, que deve estar atento.

Aguardo o retorno do procedimento para nova análise.

É o parecer.

São Roque, 27 de outubro de 2022

Jônatas Henriques Barreira
Procurador Jurídico