



Parecer Jurídico nº 358/2022

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: ANÁLISE DE MINUTA DE EDITAL E ANEXOS. APROVAÇÃO CONDICIONADA A PROVIDÊNCIAS.

1. Em observância às Súmulas nº 24 e 30 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, a Cláusula 8.4.1 deve ser adequada para que sejam aceitos atestados de capacidade técnica referente a serviços de gerenciamento de quaisquer cartões magnéticos (TC-004262.989.15-5 e TC-012765.989.20-7).
2. Necessidade de revisão do item 4 do Termo de Referência para esclarecer que o atendimento às especificações técnicas são obrigações contratuais da futura contratada e não condição para assinatura do contrato. A Administração pode exigir a comprovação do atendimento a estas especificações pelo licitante vencedor por meio de prova de conceito, devendo, todavia, ser previsto prazo adequado e critérios objetivos de avaliação. Se for o caso de inclusão de prova de conceito, a minuta de edital deve ser alterada e reencaminhada para nova análise.
3. Recomendação para que a Administração se atente quanto à quantidade de estabelecimentos credenciados exigidos, devendo, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, esta quantidade ser dimensionada com razoabilidade e proporcionalidade levando em consideração a quantidade de beneficiários residentes em cada Município (TCs 000451.989.20-6 e 000501.989.20-6, TC-022437.989.20-5 e TC-018180.989.22-0).
4. Aprovação da Minuta de Edital condicionada a algumas correções. Ao final, recomendações de caráter não conclusivo e não vinculante.

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”.

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

A minuta de edital veio para análise anteriormente, tendo sido solicitadas, por meio do Parecer Jurídico nº 344/2022, diversas alterações para adequar o instrumento convocatório à jurisprudência do Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Pediu-se também a juntada dos seguintes documentos: a) justificativa quanto aos índices contábeis exigidos para efeito de qualificação econômico-financeira; b) juntada de informação anonimizada da quantidade de beneficiários residente por Município para fins de exigência de rede credenciada. Por fim, pediu-se para que a Administração adequasse o quantitativo de cartões para o número de servidores e estagiários efetivamente lotados na Câmara Municipal, pois a atual gestão, por estar em final de mandato, não pode assumir compromisso de nomear servidores, por força da LRF, especialmente, se este o quantitativo ultrapassar o limite de 25% (art. 65, §1º, da Lei federal nº 8.666/93), pois, neste caso, sequer será possível suprimir o objeto unilateralmente.

A Administração esforçou-se em realizar todas as providências solicitadas.

O procedimento se encontra assim instruído:

1. Solicitação de demanda;
 - 1.1. Solicitação 97 – Vale Alimentação;
 - 1.2. Petição 455 – Pedido Recursos Humanos;
 - 1.3. Cópia da Resolução nº 002/2019-L;
 - 1.4. Cópia da Resolução nº 016/2021-L;
 - 1.5. Cópia da Lei nº 5.380/2022.
2. Quadro de cotações 97;
 - 2.1. Quadro de cotações 97;
 - 2.2. Média de Cotações 97;
 - 2.3. Solicitação VB;
 - 2.4. Solicitação Vale Card;
 - 2.5. Solicitação Lecard;
 - 2.6. Solicitação Alelo;
 - 2.7. Simulação VR;
 - 2.8. Orçamento Sodexo;
 - 2.9. Simulação NutriCard;

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

2.10. Simulação Alimentare.

3. Justificativa de Preço;

3.1. Edital do Pregão Eletrônico nº 111/2022 da Prefeitura de Itápolis;

3.2. Edital do Pregão nº 47/2022 da Prefeitura de Cafelândia;

3.3. Justificativa do Preço.

4. Autorização do Presidente;

5. Ofício à contabilidade;

6. Nota de Reserva Orçamentária – Declaração de que a Despesa no exercício de 2023 será suportada pela Programa 0003 – Processo Legislativo – Ação 6002 – Manutenção das Atividades do Legislativo, conforme Lei nº 5.494, de 29/07/2022 - LDO/2023;

7. Certificado Pregoeiro;

8. Portaria da Mesa nº 103/2022 – Autoriza a abertura da licitação;

9. Minuta de Edital PP102022;

10. Ofício ao Jurídico;

11. Parecer Jurídico nº 344/2022;

12. Parecer Jurídico nº 344/2022 – Retificado;

13. Nova Solicitação 97;

14. Novo Quadro de cotações 97;

14.1. Quadro de cotações 97.1;

14.2. Quadro de fornecedores 97.1;

14.3. Simulação Alimentare;

14.4. Resultado Médio 97.1;

14.5. Simulação Nutricard;

14.6. Orçamento – Sodexo;

14.7. Orçamento – VR;

14.8. Simulação – VR;

14.9. Solicitação – Alelo;

14.10. Solicitação – Lecard.

15. Justificativa da alteração da quantidade;

15.1. Justificativa de alteração da quantidade;

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

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

15.2. Resolução nº 16/2021;

15.3. Ofício 89 – quantidade de servidores lotados;

16. Ofício ao Setor de Recursos Humanos;

17. Ofício ao Setor de Contabilidade;

18. Relação de Servidores por Municípios;

19. Justificativa de Índices Econômicos;

19.1. Cópia do Acórdão do TCE/SP nos autos TC-006509989190;

19.2. Cópia do Acórdão do TCE/SP nos autos TC-015358989192;

19.3. Cópia do Comunicado SDG nº 05/2019;

19.4. Justificativa de Índices Contábeis.

20. Novo Documento de Reserva Orçamentária – Declaração de que as despesas correrão pelo orçamento de 2023, será suportada pelo Programa 0003 – Processo Legislativo – Ação 6002 –Manutenção das Atividades do Legislativo, conforme Lei nº 5.494, de 29/07/2022 - LDO/2023;

21. Minuta de Minuta de Edital;

22. Ofício solicitando Parecer Jurídico para reanálise da minuta de edital.

A tramitação ao Procurador Jurídico ocorreu no dia 08/11/2022.

É o relatório. Passo a opinar.

ANÁLISE JURÍDICA

O Parecer Jurídico será confeccionado priorizando os aspectos peculiares deste certame. A análise jurídica se adstringirá à matéria jurídica, sendo que as questões que resvalem em aspectos de ordem técnica ou de mérito administrativo serão objeto de recomendações, de caráter não conclusivo e não vinculante¹.

¹ Conforme Enunciado BPC nº 7 do Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU: “A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento”



I – DA PRESENÇA DOS DOCUMENTOS OBRIGATÓRIOS EXIGÍVEIS ATÉ A PRESENTE ETAPA DA LICITAÇÃO

Do cotejo das disposições da Lei federal nº 8.666/93, da Lei federal nº 10.520/02 e normas de organização interna, podemos resumir os requisitos da fase interna do pregão (anteriores ao parecer jurídico) da seguinte forma: a) Justificativa da necessidade contratação e elementos técnicos sobre os quais estão apoiados (art. 3º, I e III, da Lei federal nº 10.520/02); b) Definição do objeto do certame, exigências de habilitação, critérios de aceitação das propostas, sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato (art. 3º, I e II, da Lei federal nº 10.520/02); c) Designação do pregoeiro e equipe de apoio (art. 3º, IV, da Lei federal nº 10.520/02); d) Autorização da Mesa Diretora (art. 23, XII, do Regimento Interno); e) no caso de obras e serviços, orçamento detalhado em planilhas (art. 7º, §2º, II, da Lei federal nº 8.666/93), salvo inviabilidade técnica; f) previsão de recursos orçamentários para as parcelas executadas no exercício financeiro em curso (art. 7º, §2º, inciso III, da Lei federal nº 8.666/93).

O objeto e justificativa da contratação, bem como das especificações técnicas se encontra descrito na Minuta de Termo de Referência (Anexo I da Minuta de Edital), documento em que também consta tópico intitulado justificativa técnica em que são postos motivos para as especificações exigidas. A definição de requisitos de habilitação, critérios de aceitação das propostas, sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato estão previstas na minuta de edital. A designação do pregoeiro e equipe de apoio, bem como a autorização da licitação foram realizadas pela Portaria da Mesa Diretora nº 103/2022 (Documento Licitação nº 8).

O orçamento estimativo não foi realizado na forma de planilha. Desta forma, **recomenda-se que seja juntado aos autos demonstração da estimativa de preços por meio de planilha de custos unitários**, salvo inviabilidade técnica.

Em relação à pesquisa de preços propriamente dita, é de se recomendar que o setor técnico privilegie as contratações de outros órgãos públicos, conforme instruções

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'

dos Tribunais de Contas da União e do Estado de São Paulo² e da Instrução Normativa SEGES nº 73/20.

Por fim, cabe analisar a questão orçamentária. A presente contratação não onerará o exercício financeiro em curso, pois a vigência do futuro contrato se iniciará somente no exercício de 2023, motivo pelo qual o setor contábil juntou aos autos declaração afirmando que será suportada no Exercício de 2023 pelo Programa 0003 – Processo Legislativo – Ação 6002 – Manutenção das Atividades do Legislativo, conforme Lei nº 5.494, de 29/07/2022 - LDO/2023 (Documento Licitação nº 17).

A LOA 2023, até o presente momento, não foi aprovada.

Cabe aqui recomendar que, em relação aos contratos de serviços e fornecimentos contínuos, o setor contábil, ao apontar a parcela que correrá por conta de exercício futuro, declare que, oportunamente, serão indicados os créditos e empenhos para sua cobertura.

Parece-me que a teor do art. 65, §8º, da Lei federal nº 8.666/93, o instrumento adequado para esta providência é o termo de apostilamento. Neste sentido, é o item 10 do Anexo IX da Instrução Normativa SEGES nº 5/2017:

“10. Nos contratos cuja duração, ou previsão de duração, ultrapasse um exercício financeiro, deverá ser indicado o crédito e respectivo empenho para atender à despesa no exercício em curso, bem como cada parcela da despesa relativa à parte a ser executada em exercício futuro, com a declaração de que, em termos aditivos ou apostilamentos, indicar-se-ão os créditos e empenhos para sua cobertura”.

Esta parece ser também a tendência da Lei federal nº 14.133/21, pelo que se infere de seus arts. 106, II, e 136, IV.

Assim, **recomenda-se que, no momento da abertura do orçamento de 2023, seja elaborado termo de apostilamento, indicando o crédito e empenho que cobrirá as despesas do exercício.**

² Exemplificativamente: TCU, Acórdão 3224/2020-Plenário, Sessão: 02/12/2020 e TCE-SP, Plenário, TC-016697.989.21-8 (ref. TC-001357.989.21-9, TC027625.989.20-7 e TC-001707.989.21-6), Recursos Ordinários, Sessão: 17/11/2021.



II. ANÁLISE DA MINUTA DO EDITAL

a) Requisitos de habilitação

Os requisitos de habilitação previstos no Edital são aqueles mesmos previstos nos arts. 27 a 31 da Lei federal nº 8.666/93, com exceção da Declaração sobre Segurança do Trabalho que possui previsão no art. 117 da Constituição do Estado de São Paulo e da declaração da ausência de impedimentos previstos nos §§4º e seguintes do art. 3º da Lei Complementar federal nº 123/06.

Quanto à qualificação técnica, cabem alguns comentários.

Foi suprimida a Cláusula 8.4.2 que previa a inscrição no programa de Alimentação do Trabalhador (PAT) por orientação do Parecer Jurídico nº 344/2022, considerando que não possui permissivo legal, bem como orientação do TCE/SP no sentido de que este pode apenas configurar como condição contratual³.

Quanto à Cláusula 8.4.1., recomendo que se amplie o objeto do atestado de capacidade técnica permitindo qualquer gerenciamento de cartões magnéticos, melhor atendendo à Súmula 30 do TCE/SP⁴. Deste modo, sugiro a seguinte redação para o primeiro subitem da Cláusula 8.4.1:

“Entende-se por “serviços com características compatíveis e similares” o gerenciamento de quaisquer tipos de cartões magnéticos”;

Em relação ao subitem referente ao quantitativo exigido, é necessário que o quantitativo seja mais preciso para que o edital fique claro e não suscite dúvidas. Assim, sugiro a seguinte redação:

³ “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).

⁴ “SÚMULA Nº 30 - Em procedimento licitatório, para aferição da capacitação técnica poderão ser exigidos atestados de execução de obras e/ou serviços de forma genérica, vedado o estabelecimento de apresentação de prova de experiência anterior em atividade específica, como realização de rodovias, edificação de presídios, de escolas, de hospitais, e outros itens”.

Cf. TCE/SP, TC-004262.989.15-5, Sessão: 02/08/15; TCE/SP, Tribunal Pleno, TC-012765.989.20-7, Sessão: 10/06/2020.

“sendo necessário seu aprimoramento, a fim de deixar clara a aceitabilidade de atestados de capacidade técnica relativos a quaisquer tipos de cartão magnético” (TCE/SP, Tribunal Pleno, TC-012765.989.20-7, Sessão de 10/06/2020).

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 | **Site:** www.camarasaoroque.sp.gov.br

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

“Entende-se por “quantidades compatíveis e similares” àqueles que equivalem a, no mínimo, 50% do objeto desta licitação, ou seja, o gerenciamento de, no mínimo, 15 (quinze) cartões magnéticos”.

Cabe também comentar os requisitos de qualificação econômico-financeira, especialmente em relação à comprovação de boa saúde financeira (art. 31, I, da Lei federal nº 8.666/93).

Por meio do Parecer Jurídico nº 344/2022, este parecerista solicitou que fosse juntada a justificativa dos índices contábeis conforme exige o art. 31, §5º, da Lei federal nº 8.666/93, também se recomendou que fosse majorado o índice de endividamento de 0,8, pois este já foi considerado como restritivo por precedentes do TCE/SP⁵.

Deste modo, o setor contábil juntou aos autos “Justificativa de Índices Contábeis” (Documento Licitação nº 20) justificando os seguintes índices: a) índice de liquidez corrente (LC) de 1,0; b) índice de endividamento (ET) de 1,0; c) índice de liquidez geral (LG) de 1,0.

O Tribunal Pleno do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em Acórdão de 09 de março de 2022, nos autos TC-588.989.22-8 e 590.98922-4 considerou regular cláusula de edital com os mesmos índices⁶.

Aliás, descabe a este parecerista se imiscuir na justificativa técnica do setor contábil, mas apenas recomendar práticas aceitas pela Jurisprudência da Corte de Contas quando localizadas.

b) Acerca da proibição da taxa de administração negativa

A jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo costumava exigir que os editais de vale alimentação admitissem taxa de administração negativa.

⁵ Cf. TCE/SP, Tribunal Pleno, TC-006509.989.19-0 e TC-006685.989.19-6, Sessão: 03/04/19; TCE/SP, Tribunal Pleno, TC-015358.989.19-2, Sessão: 04/09/2019.

⁶ “Assim, afastado, de plano, a queixa que recai sobre o índice de endividamento estabelecido no item 9.1.10.4[2], eis que adequado ao ramo de atividade em questão e em consonância com o entendimento jurisprudencial desta Casa.

[...]

[2] O licitante que apresentar índices econômicos iguais ou inferiores a (1,00) em qualquer dos índices de Liquidez Geral e Liquidez Corrente e índice de endividamento geral maior ou igual a (1,00) será automaticamente inabilitado” (TCE/SP, Tribunal Pleno, TCs 588.989.22-8 e 590.98922-4, 09/03/2022, trecho do voto do rel. Conselheiro Antonio Roque Citadini).

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

Todavia, esta jurisprudência foi revisada e a Corte passou determinar que os editais de licitação proibissem a taxa de administração negativa. Tal exigência se reforçou com a edição da Medida Provisória nº 1.108/2022, convertida em lei.

Em Sessão de 11/05/2022, o Tribunal Pleno analisou representação contra edital da Câmara Municipal de Mairiporã que permitia a oferta de taxa negativa e que permitia o pagamento à licitante vencedora até 10 (dez) dias úteis, a partir do ateste da nota fiscal eletrônica. A representante alegou ofensa aos incisos I e II do art. 3º da Medida Provisória nº 1.108/2022.

Na ocasião, a Câmara Municipal de Mairiporã arguiu que seu pessoal é regido exclusivamente pelo regime jurídico estatutário de modo que não se lhe aplicaria as disposições da Medida Provisória nº 1.108/2022, eis que não possuiriam qualquer contratação sob o regime da Consolidação das Leis de Trabalho (CLT).

O Tribunal Pleno, conforme voto do relator, deu parcial procedência à representação acolhendo o inconformismo a respeito da permissão da taxa negativa. Dentre suas razões, o relator citou o seguinte trecho da manifestação do Ministério Público de Contas (MPC):

... **“ainda que os servidores do ente licitante, na condição de estatutários, não estejam sujeitos às regras da CLT, há que se reconhecer (...) que a vedação ao oferecimento de taxa de administração negativa possivelmente se reverte em benefício dos usuários dos cartões,** e que os atos da Administração não devem se ater ou se balizar por práticas correntes do mercado, mas sim priorizar, antes de tudo, os interesses do povo – posicionado, nas relações ora discutidas, na vulnerável condição tanto de terceiro alheio à avença como de consumidor, que suportará os custos da taxa negativa. Isto porque as empresas prestadoras dos serviços repassam seus custos aos estabelecimentos comerciais que, por sua vez, os refletem nos preços finais dos produtos e serviços, impactando diretamente no poder aquisitivo do servidor” (grifos nossos).

Desta forma, o Tribunal Pleno determinou que a Câmara Municipal de Mairiporã adotasse “medidas corretivas necessárias ao cumprimento da lei e desta decisão, especialmente para excluir a permissão da oferta de taxa negativa”⁷.

Este novo posicionamento foi reiterado por diversas outras manifestações do Tribunal Pleno, tendo este determinado correções em editais para que não se admita a taxa negativa⁸.

⁷ Cf. TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-010031.989.22-1, Sessão: 11/05/2022, rel. Sidney Estanislau Beraldo.



Os precedentes poderiam induzir a uma inexigibilidade por credenciamento (Lei federal nº 14.133/21, art. 79, inciso II), como admitido recentemente pela Segunda Câmara do Tribunal de Contas da União para as Estatais no Acórdão TCU 5.495/2022-Segunda Câmara.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, entretanto, entendeu ilegal a utilização de credenciamento para a contratação de empresas de vale alimentação⁹, motivo pelo qual inviável a utilização de credenciamento.

Deste modo, a única alternativa, neste momento, é promover Pregão vedando a taxa de administração negativa, nos moldes das Cláusulas 7.8 e 9.4.3. Sugiro apenas a correção de ordem redacional da Cláusula 7.8 para substituir a expressão “taxa negativa” por “taxa de administração negativa”.

c) Da rede credenciada exigida do licitante vencedor

A Minuta de Edital prevê no item 5 do Termo de Referência que como condição de assinatura do contrato a licitante vencedora deverá no prazo de 15 (quinze) dias após a homologação do certame apresentar rede credenciada em alguns Municípios.

Este tipo de exigência é aceita pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo desde que fixados com razoabilidade e de acordo com o perfil dos beneficiários. Confira precedentes da Corte:

“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**

⁸ TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-019040.989.22-0, Sessão: 05/10/2022; TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-018930.989.22-3, Sessão: 28/09/2022; TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-016433.989.22-5, Sessão: 24/08/2022; TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-015386.989.22-2, Sessão: 20/7/2022; TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-014316.989.22-7 e TC-014428.989.22-2, Sessão: 6/7/22.

⁹ “Assim, não merece acolhimento a alegação da Representada de que há inviabilidade de disputa entre as empresas operadoras de vale alimentação, pois o que a Lei nº 14.442/22 proíbe é a oferta de qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado, permitindo a competição entre todos aqueles que fizerem ofertas fora desse critério.

[...]

Posto isto, circunscrito às questões analisadas, considero que o edital apresenta **vício insanável** relacionado ao credenciamento de múltiplas empresas, mediante chamamento público, que não se adéqua ao objeto pretendido, o que impõe a **anulação** do ato convocatório” (TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-019262.989.22-1 e TC-019362.989.22-0, Sessão: 05/10/2022).

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 | www.camarasaoroque.sp.gov.br

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

requisição de um número maior de estabelecimentos em relação aos beneficiários7 , evidenciando a desproporcionalidade da exigência” (TCE-SP, Tribunal Pleno, TCs 000451.989.20-6 e 000501.989.20-6, Sessão: 04/03/2020, trecho do voto do Conselheiro Sidney Estanilau Beraldo, grifos nossos).

“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, grifos nossos)

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, grifos nossos).

“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).

“É que a Administração adotou como parâmetro para o estabelecimento de rede credenciada mínima o número de habitantes em cada cidade, não a quantidade de servidores lá residentes, fixando, portanto, elevado patamar do número ideal de empresas, sem dimensionar tais elementos em função das demandas efetivamente envolvidas” (TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-018180.989.22-0, Sessão: 21/9/2022, trecho do voto do relator, grifos nossos).

A primeira versão da Minuta de Edital, analisada pelo Parecer Jurídico nº 344/2022, previa a necessidade de credenciamento de estabelecimentos nos Municípios de São Roque, Mairinque, Sorocaba, Vargem Grande Paulista, Ibiúna, Cotia, Araçariguama e São Paulo, sem, todavia, haver qualquer justificativa nos autos para se exigir o credenciamento nestes Municípios.

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'

Assim, o Parecer Jurídico nº 344/2022, seguindo os precedentes mencionados, orientou a Administração Pública a realizar levantamento interno dos Municípios em que há beneficiários residentes, respeitados os dados pessoais por meio de processo de anonimização (LGPD, arts. 5º, III e XI, e 12). Recomendou, ainda, que, em posse desta informação, as exigências de rede credenciada “sejam realizadas proporcionalmente com base no domicílio dos beneficiários do vale-alimentação, considerando precedentes do TCE/SP”.

A informação referente aos Municípios que possuem beneficiários domiciliados foi encaminhada pelo Setor de Recursos Humanos (Documento Licitação nº 19). A partir disto está elaborado o item 5 do Termo de Referência da segunda versão da Minuta de Edital.

A aferição da razoabilidade da quantidade de estabelecimentos é aspecto que foge da apreciação jurídica, pois envolve questões relacionadas ao conhecimento do segmento econômico e da realidade local de cada Município. Todavia, cabe aqui **recomendar especial e cautelosa atenção quanto ao quantitativo de estabelecimentos credenciados exigidos, devendo estes guardar razoabilidade e proporcionalidade com o número de beneficiários residentes em cada Município. Cabe enfatizar recomendação para que o setor técnico observe a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e dimensione a quantidade de estabelecimentos exigidos em função apenas da residência dos beneficiários e não no número de habitantes dos Municípios.**

Quanto ao prazo de 15 (quinze) dias, este aparentemente parece adequado, considerando que o Tribunal de Contas do Estado já julgou regular exigência realizada por Prefeitura com prazo inferior¹⁰.

d) Das demais exigências feitas ao licitante vencedor

Cabe primeiramente dizer que não é responsabilidade do parecerista jurídico se manifestar conclusivamente em questões técnicas, o que não impede, todavia, que este

¹⁰ Cf. TCE/SP, Tribunal Pleno, TC-013888.989.21-7 e TC-013980.989.21-4, Sessão: 07/07/2021.

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-mail: camarasaoroque@camarasaoroque.sp.gov.br

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

amita recomendações não conclusivas e de caráter não vinculante¹¹, desde que haja motivo, como, por exemplo, a existência de precedentes da Cortes de Contas.

O item 4 (da Especificação do objeto) realiza outras exigências ao vencedor do certame: a) disponibilização de central de atendimento com ligação gratuita 0800; b) comprovação de funcionalidades de aplicativos; c) possuir convênio para pagamento em *site* ou em um aplicativo de entrega por *delivery*.

Tais exigências já foram de alguma forma chanceladas pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Sobre a exigência de aplicativos da futura contratada, existem diversos precedentes do Tribunal de Contas admitindo a exigência de aplicativos e mecanismos tecnológicos para melhor prestação de serviços, desde que não se exija tecnologias muito específicas, impertinentes ao ramo ou credenciamentos com estabelecimentos específicos:

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

“No entanto, este Plenário admite a referência a plataformas específicas quando o edital o faz apenas de forma exemplificativa, como constatado, por exemplo, nos autos dos processos TC-017603.989.22-94 e TC-7740.989.22-

¹¹ Conforme Enunciado BPC nº 7 do Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU já citado.

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

35, este último nos seguintes termos” (TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-019040.989.22-0, Sessão: 05/10/2022).

“Como observado pelo Ministério Público de Contas, essa questão é similar àquela julgada improcedente no processo TC-7740.989.22-3: “[...] não restando demonstrado o direcionamento do objeto na forma defendida pela recorrente, mesmo porque as referências constantes no item 3.1.310 [‘A Contratada deverá possuir convênio para pagamento em site (página na internet) ou apps em no mínimo umas das empresas de aplicativos de entrega de refeições prontas (delivery) existentes no mercado, tais como: IFood, Rappi ou Uber Eats’] foram citadas de modo exemplificativo, não afastando outras plataformas ou aplicativos.” (TC-7740.989.22-3. E. Plenário, em sessão de 27/4/2022. Relator Conselheiro-Substituto Samy Wurman)” (TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-017603.989.22-9, Sessão: 31/08/2022).

“Por fim, de natural compreensão que o oferecimento de benefícios por meio de cartão eletrônico agregado por tecnologia por aproximação confere forma de interação com o avanço tecnológico que é tendência nesse setor.

Do que se infere, esse modo de transferência financeira por aproximação se materializa por meio de várias tecnologias distintas e igualmente válidas a esse propósito, como é o caso das mencionadas NFC e QR Code.

E nesse aspecto, os argumentos apresentados pela Representada não foram capazes de justificar a opção por tecnologia específica (NFC), sem que outras possam ser aproveitadas em favor dos beneficiários, acabando por revelar preocupação sobre esse elemento da disputa (TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-018180.989.22-0, Sessão: 21/9/2022).

“O objeto do certame se refere a vale-alimentação e o cerne da matéria impugnada está voltada para as formas de pagamento, no caso, por meio de cartões e de celular com a utilização da NFC (pagamento por aproximação ou tecnologia similar).

A instrução dos autos permite inferir que podem ser afastadas as críticas relativas ao pagamento por cartão, uma vez que o emprego da tecnologia de pagamento por aproximação já se encontra fortemente disseminada. Todavia, isso não pode ser estendido aos celulares, aspecto que demandaria até mesmo estudos para justificar a exigência e evidenciar a assimilação da tecnologia pelo mercado e a possibilidade de competição no certame.

[...]

Quanto às críticas às especificações do aplicativo para celular, as funcionalidades “apresentar a possibilidade de cadastramento dos dados bancários do usuário para caso de reembolsos e transferências” e “categorização do reembolso (alimentação, refeição, mobilidade etc.) e a discriminação do valor gasto além da possibilidade de anexar o devido comprovante do gasto efetuado” extrapolam o objeto licitado” (TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-18885.989.22-8, TC-18961.989.22-5 e TC-19018.989.22-8, Sessão: 05/10/2022).

A exigência de aplicativos de *delivery* menciona estabelecimentos em caráter exemplificativo, considerando a expressão: “tais como: Extra, Pão de Açúcar, Tenda, dentre outros”. O rol meramente exemplificativo de aplicativos é tolerado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

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

Quanto à central de atendimento, há precedente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo que admitiu 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).

O Setor Técnico ao elaborar o Termo de Referência juntou justificativa técnica, motivando suas especificações, descabendo a este parecer se imiscuir nas escolhas técnicas, salvo a realização de recomendações baseadas em jurisprudência.

Recomendo que o setor técnico esteja atento às especificações técnicas, em especial, às funcionalidades exigidas referentes ao Aplicativo Mobile e verifique se não são excessivas, irrelevantes ou desnecessárias (Lei nº 10.520/02, art. 3º, II, e art. 3º, §1º, I) ou impertinentes ao ramo de atividade e objeto licitado. Caso conclua pela impertinência ou desnecessidade de algumas das especificações, deve suprimi-las.

Recomendo especial atenção à exigência de funcionalidade em aplicativo de celular para pagamento por aproximação, pois, aparentemente a previsão é semelhante à reprovada pelo TCE/SP nos TCs-18885.989.22-8, 18961.989.22-5 e 19018.989.22-8.

Cabe mencionar que, no aspecto jurídico, tais exigências devem constar apenas como obrigações contratuais e não como condição para assinatura de contrato, pois não verifiquei jurisprudência de forma clara que autorize estabelecer exigências relativas a aplicativos, entre outras funcionalidades, como condição para assinatura de contrato.

Caso a Administração queira exigir a comprovação do atendimento destas especificações durante o processo licitatório deve fazer por meio de prova de conceito, prevendo o procedimento, com requisitos objetivos de avaliação, transparência e prazo adequado. Optando por inserir prova de conceito, a Administração deverá alterar a minuta de edital e reencaminhá-la para nova análise.

Neste sentido, considerando que a Administração irá exigir o cumprimento de tais exigências apenas na fase contratual, **o item 4 do Termo de Referência deve ser corrigido substituindo as expressões “A adjudicatária deverá comprovar” por “A contratada deverá dispor, durante a vigência contratual, [...]”.** Deve ser suprimida ainda a expressão **“como condição de assinatura do contrato”** equivocadamente mantida no termo de referência.



III. ANÁLISE DA MINUTA DO CONTRATO

A minuta de contrato apresenta os elementos essenciais elencados no art. 55 da Lei federal nº 8.666/93. Dentre as cláusulas que se destacam, cabe mencionar a Cláusula 5.1.1, que permite a alteração do valor de face do benefício, considerando que este poderá ter seu valor revisado ou reajustado por texto normativo superveniente.

Neste sentido, são diversos os precedentes do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Confira alguns deles:

“O exame da matéria apontou para a boa ordem dos atos praticados. Isto porque, pelo que se pode inferir dos elementos dos autos, a alteração do valor do crédito dos cartões magnéticos de R\$61,50 (sessenta e um reais e cinquenta centavos) para R\$100,00 (cem reais), postos à disposição dos servidores municipais beneficiados com Vale Alimentação, tem amparo legal na Lei Municipal nº2.375, de 23/02/2007” (TCE/SP, Segunda Câmara, TC-000873/001/06).

“Também, não merece prosperar a hipótese levantada pela Fiscalização, no sentido de que os acréscimos de valores teriam extrapolado o limite de 25% previsto no artigo 65, §1º da Lei Federal nº 8.666/93. O aumento do valor de face do benefício, acarretado pelo termo de 17/4/2012, e que decorreu do disposto na Lei Municipal nº 2137/2012, não deve ser considerado para o cálculo desse limite” (TCE/SP, Segunda Câmara, Relator Conselheiro - Substituto Alexandre Manir Figueiredo Sarquis, TC - 044138/026/09, 11/04/2017).

“Alicerçados em licitação e contrato aprovados por esta Colenda Câmara, primeiro e segundo termos aditivos ora em apreciação destinaram-se tão somente a expandir valor nominal do vale alimentação dos servidores municipais e patrulheiros de Santos, com fundamento em legislação local e em previsões da avença originária” (TCE/SP, Primeira Câmara, Relator Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues, TC-001125/989/19, TC-001128/989/19 e TC-001130/989/19, 11/06/19).

“O termo aditivo que visou à prorrogação de prazo do contrato por igual período encontra supedâneo na legislação vigente, tendo sido mantida a taxa de administração negativa de – 4,00%, valendo ser registrado que os reajustes do auxílio alimentação, que passaram de R\$110,00 para R\$145,00, e depois para R\$180,00, estão previstos nas Leis nº 454/2013 e nº 4719/2014 do Município” (TCE/SP, TC-000490/010/13).

Considerando, pois, os precedentes *supra*, é legítima a inclusão de tal cláusula, tendo em conta que o benefício pode ter seu valor alterado por disposição normativa superveniente.



CONCLUSÃO

Ante o exposto, ao realizar a **análise jurídica** da contratação, manifesto-me pela **APROVAÇÃO da minuta de edital e seus anexos**, nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei federal nº 8.666/93, **CONDICIONADA à adoção das providências abaixo discriminadas:**

1. Quanto ao procedimento, a juntada de orçamento em planilha que expresse os custos unitários, demonstrando o valor do contrato (art. 7º, §2º, inciso II, da Lei federal nº 8.666/93);

2. Quanto à minuta de edital:

a) Adequação da qualificação técnica às Sumulas 24 e 30 do TCE/SP, exigindo que a capacidade técnica que se refira ao gerenciamento de quaisquer cartões magnéticos, ficando sugerida a seguinte redação:

“8.4.1. Atestado(s) de capacidade técnica, expedido por pessoa jurídica de direito público ou privado, devidamente registrado nas entidades profissionais competentes (Súmula 24 do TCE SP). A comprovação exigida deve demonstrar que a empresa licitante tenha prestado serviços com características, quantidades e prazos compatíveis e similares com o objeto desta licitação.

Entende-se por “prazos compatíveis e similares” àqueles quais sejam de prazo contratual (início e término) de no mínimo 06 (seis) meses de prestação de serviços;

Entende-se por “serviços com características compatíveis e similares” o gerenciamento de quaisquer tipos de cartões magnéticos;

Entende-se por “quantidades compatíveis e similares” àqueles que equivalem a, no mínimo, 50% do objeto desta licitação, ou seja, o gerenciamento de, no mínimo, 15 (quinze) cartões magnéticos”.

b) Correção dos trechos do item 4 de termo de referência para esclarecer que as especificações técnicas ali postas são meras obrigações contratuais, não sendo condição para assinatura do contrato, ficando sugerida as seguintes redações para os trechos:

“- A empresa contratada deverá, como obrigação contratual, dispor de central de atendimento com custo de ligação local para capital e região metropolitana de São Paulo, e gratuita 0800 nas demais localidades, 24 horas por dia, 7 dias por semana, inclusive para celular, para que os usuários possam comunicar perda, roubo ou extravio dos cartões, com imediata solicitação de bloqueio ou 2ª via”.

[...]

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'

“- A empresa contratada deverá, como obrigação contratual, dispor de central de atendimento personalizada (atendimento pessoal), com ligação gratuita - 0800, com horário de funcionamento nos dias úteis, de no mínimo, das 09:00 às 18:00, inclusive para celular, para que os gestores do contrato possam solucionar as demandas decorrentes da administração e gerenciamento do benefício”.

[...]

“- A empresa contratada, como obrigação contratual, deverá disponibilizar funcionalidades do Aplicativo Mobile – Smartphone, para os sistemas Android e IOS (todas as versões) ou através de página na internet, a serem disponibilizados aos usuários do cartão, contendo no mínimo, os seguintes serviços:”

[...]

“- A empresa contratada, como obrigação contratual, deverá possuir convênio para pagamento em site (página na internet) ou por apps em no mínimo uma das empresas de aplicativos de produtos alimentícios in natura (delivery), tais como: Extra, Pão de Açúcar, Tenda, dentre outros”.

Finalmente, considerando a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo realizo as seguintes **recomendações não conclusivas e de acolhimento discricionário (não vinculante)**¹², levando em consideração que envolvem aspectos técnicos:

1. Recomendo atenção e, se for o caso, revisão do quantitativo de estabelecimentos credenciados exigidos, considerando que de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, o quantitativo por Município deve possuir razoabilidade e proporcionalidade com o número de beneficiários residentes e não com o número de habitantes em cada Município (conforme tópico II, subtópico *c* deste Parecer, págs. 10-12);

2. Recomendo especial atenção à exigência de funcionalidade em aplicativo de celular para pagamento por aproximação, pois, aparentemente a previsão é semelhante à reprovada pelo TCE/SP nos TCs-18885.989.22-8, 18961.989.22-5 e 19018.989.22-8. Caso o setor técnico conclua por ser exigência semelhante à reprovada pelo precedente acima, recomendo fortemente que a retire.

¹² Conforme Enunciado BPC nº 7 do Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU já citado.

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 | www.camarasaoroque.sp.gov.br

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

Por fim, faço recomendação geral para que, em relação aos contratos de serviços e fornecimentos contínuos, o setor contábil, ao apontar a parcela que correrá por conta de exercício futuro, declare que, oportunamente, serão indicados os créditos e empenhos para sua cobertura.

É o parecer.

São Roque, 16 de novembro de 2022.

Jônatas Henriques Barreira
Procurador Jurídico