Parecer nº 013/2018

Pregão. "Contratação de empresa especializada de cartão vale-alimentação". Modalidade pregão.

Trata-se de parecer jurídico a ser confeccionado nos ternos do art. 38, parágrafo único da Lei 8.666/93, objetivando o exame e aprovação do processo de licitação, modalidade pregão presencial nº 02/2018, que tem por fim a "Contratação de empresa especializada de cartão vale-alimentação". Recebido para parecer em 14/03/2018. Devidamente autuado, numerado e rubricado até fls. 70.

Inicialmente, cabe ressaltar que não cabe à Procuradoria Jurídica analisar se o objeto da contratação atende às peculiaridades das necessidades e se suas especificações se mostram adequadas, assim como se os preços correspondem à média de mercado. Dessa forma, não há pronunciamento acerca dos aspectos técnicos da contratação, por se tratar de matéria externa à sua competência.

Consignamos que a verificação de erros materiais, como a remissão a itens equivocados ou de grafia, é atividade que extrapola a atividade jurídica, objeto do presente parecer. Se eventuais observações forem tecidas, serão aquelas que se evidenciaram no curso da leitura, não tendo, pois, qualquer caráter exaustivo.

Observe-se ainda, que o presente parecer, logicamente, não abarca as fases subsequentes do certame.

DA MODALIDADE DE LICITAÇÃO ELEITA

Já num primeiro plano é possível concluir que a contratação de empresa especializada de cartão vale-alimentação, desde que possua padrões de desempenho e de qualidade objetivamente definidos pelo edital, com base em especificações usuais no mercado, deve ser realizada pela modalidade Pregão, previsto na Lei nº 10.520/2002:

> *Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.*
> *Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.*

Todavia, junto aos Decretos Legislativos nºs 3352/2015, 3514/2016, 3656/2017, 3657/2017 e 3664/2017, fls. 03/15, não consta agregado junto ao Anexo I, fls. 11, que possa ser viabilizada via pregão a contratação de empresa especializada em cartão vale-alimentação.

Porém, a questão pode ser sanada, com a inclusão do objeto do presente pregão, sugestionando-se, inclusive, que sejam incluídos itens que porventura sejam necessários a futuras contratações, a fim de que seja utilizado um anexo uniforme e consolidado, sem que haja a necessidade de inclusão de itens a cada nova procedimento licitatório, conforme surge a necessidade.

O que se busca é a prevalência do princípio da legalidade, insculpido no art. 37, caput, da Constituição Federal[1].

DA REGULARIDADE DO PROCEDIMENTO

A priori, constam no processo todos os itens necessários a essa fase, em que é confeccionado o presente parecer jurídico, da "Lista de Verificação" citada no Parecer 87/2013, datado de 30/12/2013, oriundo da Unidade Central de Controle Interno – UCCI, com as devidas adequações à modalidade pregão, que possui certas peculiaridades.

Por óbvio que se constata, ainda, a ausência de elementos acerca da convocação dos interessados, prevista no art. 4º e incisos da Lei nº 10.520/2002, mas plenamente justificável, já que o procedimento ainda não chegou nessa fase, porém, recomenda-se que a convocação dos interessados seja efetuada por meio de publicação de aviso em diário oficial do respectivo ente federado ou, não existindo, em jornal de circulação local, e facultativamente, por meios eletrônicos e conforme o vulto da licitação, em jornal de grande circulação, nos termos do inciso I do artigo supracitado, sem prejuízo da obediência aos demais. Realizadas as publicações, deverão ser juntadas nos autos do processo para fins de comprovação.

No âmbito da Câmara Municipal de Vereadores, o "Programa de Alimentação do Servidor – PAS" foi instituído pela Lei Municipal nº 7.298/2017, fls. 27/29.

O pregão em tela mantém certas peculiaridades, que merecem, a depender do caso, de análises específicas.

Inicialmente, há que se explicitar a questão relativa à taxa de administração, cotada em 0% por todas as empresas, sem que seja descartada a possibilidade de taxa negativa, conforme já decidido pelo Tribunal de Contas da União, cujas decisões vinculam a Administração Municipal[2]:

> ***A oferta de taxa de administração negativa ou de valor zero, em pregão para prestação de serviços de***

---

[1] Art. 37. **A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes** da União, dos Estados, do Distrito Federal e **dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência... [grifo nosso]

[2] Súmula 222: As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

fornecimento de vale-alimentação, não implica inexequibilidade da respectiva proposta, a qual só pode ser aferida a partir da avaliação dos requisitos objetivos especificados no edital da licitação. *Representação formulada por empresa deu notícia de possíveis irregularidades cometidas pelo Conselho Regional de Nutricionistas do Estado de São Paulo (SESCOOP-SP), na condução do Pregão Presencial nº 04/11, que antecedeu a contratação de empresa para prestar serviços de fornecimento de vale-alimentação, abrangendo o gerenciamento, distribuição, implementação e administração dos benefícios. Após sorteio realizado entre as empresa Planinvesti – Administração e Serviços Ltda. e Sodexo Pass do Brasil Serviços e Comercio S.A., em razão de haverem apresentado propostas de isenção de taxa de administração (0,00 %), o objeto do pregão foi adjudicado à primeira delas. O relator considerou, em face do disposto no comando contido no art. 4º, inciso XVII, da Lei nº 10.520/2002, que o pregoeiro não deveria ter realizado "precocemente" o referido sorteio, mas sim negociado com as citadas empresas, a fim de obter proposta ainda melhor. Rememorou o teor da Decisão nº 38/1996 – Plenário, por meio da qual o Tribunal decidiu: "deixar assente que, no que pertine às licitações destinadas ao fornecimento de vales-refeição/alimentação, a admissão de ofertas de taxas negativas ou de valor zero, por parte da Administração Pública, não implica em violação ao disposto no art. 44, § 3º, da Lei nº 8.666/93, por não estar caracterizado, a priori, que essas propostas sejam inexequíveis, devendo ser averiguada a compatibilidade da taxa oferecida em cada caso concreto, a partir de critérios objetivos previamente fixados no edital". A despeito dessa e de outras falhas apuradas, considerou que a anulação do respectivo contrato traria inconvenientes que suplantariam eventuais benefícios dela resultantes. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, quanto ao aspecto acima enfocado, decidiu determinar ao SESCOOP-SP que, em futuras licitações:* ***"salvo quando houver comprovada e justificada inviabilidade, passe adotar o entendimento firmado na Decisão nº 38/1996-Plenário, no sentido de que a apresentação de ofertas de taxas de administração negativas ou de valor zero não torna as propostas inexequíveis, devendo ser averiguada a compatibilidade da taxa oferecida em cada caso concreto, a partir de critérios objetivos previamente fixados no edital".***

Acórdão n.º 1.034/2012-Plenário, TC 010.685/2011-1, rel. Min. Raimundo Carreiro, 2.5.2012. [grifo nosso]

Também presente não ser condição de habilitação a fixação prévia de um número de estabelecimentos credenciados na localidade pela empresa vencedora do certame, o que violaria a competitividade e a isonomia, princípios básicos aplicáveis aos certames licitatórios, aliados à Lei nº 8.666/93[3].

O tema, inclusive, já foi objeto de abordagem pela Corte de Contas Estadual:, assim ementado:

INSPEÇÃO ESPECIAL. MEDIDA ACAUTELATÓRIA. IRREGULARIDADES NO PREGÃO PRESENCIAL Nº 28/2016. PREJUÍZO À COMPETITIVIDADE. DETERMINAÇÃO. RECOMENDAÇÃO. A exigência editalícia que restringe o competitório enseja a determinação ao Gestor para que corrija a inconformidade, de modo a restabelecer a regularidade do certame. As infringências ao ordenamento jurídico justificam recomendação ao atual Administrador no sentido da implementação de medidas preventivas e corretivas. (Inspeção Especial. Número 004006-02.00/16-1. Exercício 2016. Data 04/10/2016. Publicação

---

[3] Lei nº 8.666/93:

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

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

§ 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.

> *21/11/2016. Boletim 1676/2016. Órgão Julgador: Primeira Câmara. Relator: Cezar Miola. Origem: Executuvo Municipal de Giruá).*

Colaciona-se trecho do voto:

> *[...] Acolhendo as manifestações dos Órgãos Técnico e Ministerial, reforço o entendimento esposado no corpo da decisão que deferiu a medida cautelar postulada, de que a exigência presente no item 7, alínea c, do instrumento inaugural – comprovação, pelas empresas participantes, na fase de habilitação, de que possuem 15 (quinze) estabelecimentos credenciados no Município – importa restrição ao competitório, por contrariedade ao disposto nos artigos 37, inciso XXI, da Constituição da República, e 30, inciso II, § 6º, da Lei Federal nº 8.666/1993, e de que houve, igualmente, desrespeito ao prazo de 3 (dias) úteis para as impugnações ao edital, pela Administração, com infringência ao artigo 41, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/1993.[...]*

A problemática consiste, a partir do esboçado acima, na exigência do quantitativo de estabelecimentos comerciais cadastrados na futura contratação da empresa vencedora do certame. Pois bem, em fls. 61, mais precisamente no item 1.1.3.1 consta que *"A contratada deverá manter rede de estabelecimentos credenciados ativos para a aceitação dos cartões no Estado do Rio Grande do Sul e deverá ter, no mínimo, 80 (oitenta) estabelecimentos na cidade de Sant'Ana do Livramento, tendo em vista a abrangência do programa atual de alimentação."*.

Em que pese a relevância dos argumentos expressados no julgado, postergar somente à fase de contratação o credenciamento de estabelecimentos pode, em tese, gerar riscos. Imagine-se que a empresa, após já estar contratada, não obtém êxito em credenciar estabelecimentos de modo a atender à necessidade da Administração. Não seria melhor evitar esse risco antes da assinatura do contrato, por meio da verificação prévia da rede de prestação de serviços disponível? Por certo que não faz sentido "obrigar" os licitantes a credenciarem estabelecimentos sem certeza de firmar um contrato. Porém, firmar um contrato com empresa que não demonstrou dispor infraestrutura suficiente para cumpri-lo também é temerário. Dessa forma, deve-se seguir a linha de entendimento do julgado.

Assim, é certo que o quantitativo de credenciados será exigido após a declaração do vendedor do certame e antes da assinatura do contrato. Porém, não há um critério objetivo sobre esse quantitativo, tampouco há nos autos do processo licitatório qualquer informação sobre isso, razão pelo qual devem ser explicitados os critérios utilizados, até mesmo para que sejam minimizadas eventuais impugnações e, quiçá, até mesmo uma cautelar da Corte de Contas suspendendo o processo.

Sugestiona-se, para fins de parâmetro, que cidades do porte populacional de Sant'Ana do Livramento sejam utilizadas para fins de comparação.

Ressalte-se ainda, conforme certificado em fls. 42, que a minuta do edital e o respectivo contrato foram elaborados a partir do edital de pregão eletrônico TCE/RS nº 04/2018,

processo nº 191-0200/18-0, Pregão nº 06/2017 do Poder Legislativo de Santa Cruz do Sul e Pregão nº 05/2017 do Poder Legislativo de Santa Cruz do Sul, com as devidas ressalvas em relação às especificações do objeto. Por oportuno, cabe consignar a aprovação do Termo de Referência, fls. 19/26, pela autoridade superior.

A título de esclarecimento, oportuno mencionar que o edital referente ao Pregão nº 06/2017 do Poder Legislativo de Santa Cruz do Sul, que foi utilizado como parâmetro, assim estabelece:

> *"CAPÍTULO XI*
>
> *DA ADJUDICAÇÃO E DA HOMOLOGAÇÃO*
>
> *2 – No prazo de 15 (quinze) dias úteis, contados da publicação da adjudicação no mural e no site oficial da Câmara Municipal, será exigido do Licitante vencedor, independentemente de prévia notificação e como condição para a assinatura do contrato, a comprovação de rede credenciada no Município de Santa Cruz do Sul, sob pena de desclassificação de sua proposta e convocação dos demais classificados, na ordem de classificação.*
>
> *2.1 - A comprovação dar-se-á mediante apresentação de relação nominal dos estabelecimentos comerciais credenciados pela Licitante, que aceitem pagamento por vale-alimentação por ela fornecido, em número mínimo de 30 (trinta), ativos, onde conste a razão social, nome fantasia, endereço, telefone de contato e CNPJ, no Município de Santa Cruz do Sul.*
>
> *2.2 - A relação de que trata o subitem anterior deverá conter obrigatoriamente supermercados e padarias estabelecidos no Município de Santa Cruz do Sul."*

Sendo o edital o instrumento que rege o procedimento licitatório, certamente que nele devem constar, inclusive, requisitos da futura contratação, em atenção ao princípio da vinculação do instrumento convocatório. Também junto ao contrato devem constar as cláusulas referentes ao quantitativo de estabelecimentos credenciados e o prazo para tanto, já que é o contrato, no último plano, que rege as obrigações das partes, consoante dispõe a Lei nº 8.666/93:

> *Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.*
>
> *§ 1º* ***Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em***

> ***cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.*** *[grifo nosso]*

A depender do número exigido de estabelecimentos cadastrados, recomenda-se cautela nos prazos para comprovação dos mesmos, a ponto de não inviabilizar tal procedimento.

Em face do exposto, nos limites da análise jurídica e excluídos os aspectos técnicos e econômicos e os juízos de oportunidade e conveniência, opina-se, s.m.j., pelo prosseguimento do presente pregão, **desde que sanadas as questões referidas neste parecer**. Após, que seja encaminhado à UCCI para manifestação.

Santana do Livramento, 16 de março de 2018.

Christiano Fagundes da Silva

Procurador Jurídico

Câmara Municipal de Sant´Ana do Livramento – RS

Procuradoria Jurídica

ANEXO I

Pregão presencial nº 002/2018

Objeto: Contratação de empresa especializada na administração de cartão vale-alimentação

ITENS DE ANÁLISE	FUNDAMENTAÇÃO	FOLHA CORRESPONDENTE	OBSERVAÇÕES
Solicitação e justificativa		Fls. 02	
Formalização por meio de processo administrativo	Art. 38 da Lei nº 8.666/93	Devidamente atuado e rubricado até a folha 70	
Autorização da autoridade competente	Art. 3º, incisos I e II, da Lei nº 10.520/2002	Fls. 02	
Objeto do certame	Art. 3º, inciso I, da Lei nº 10.520/2002 e Arts. 14 e 38 da Lei nº 8.666/93	Fls. 44 (item 1.1), 59 (Anexo I) e 65 (item 1.1)	
Exigências de habilitação	Art. 3º, inciso I, da Lei nº 10.520/2002	Fls. 50/52 (itens 8.1/8.4.6)	
Critérios de aceitação das propostas	Art. 3º, inciso I, da Lei nº 10.520/2002	Fls. 46/47 (itens 6.1/6.8)	
Sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato	Art. 3º, inciso I, da Lei nº 10.520/2002	Fls. 56 (itens 16.1/16.2) e 68 (Itens 9.1/9.2)	
Pregoeiro e respectiva equipe de apoio	Art. 3º, inciso IV, Lei nº 10.520/2002	Fls. 16	
Certificado do pregoeiro		Fls. 17/18	
Convocação dos interessados	Art. 4º da Lei nº 10.520/2002	Fls. não consta, todavia, ainda pendente de ser efetivada	
Indicação de recurso	Art. 14 e 38 da Lei nº 8.666/93	Fls. 31, 54 (item 12.2) e 66 (item 3.1)	01.01.01.031.0001.2.005.3.3.90.39.41.00.00
Termo de contrato	Art. 38, inciso X, da Lei nº 8.666/93	Fls. 65/68	
Três orçamentos	Acórdão 3963/2009. Segunda Turma. TCU.	Fls. 33/36: 0%, Fls. 38/39: 0% Fls. 40/41: 0%	Em fls. 37, a empresa Alelo manifestou não ter interesse em cotar preços.
Parecer Jurídico (08 folhas)	Art. 38 da Lei nº 8.666/93	A ser numerado	

Rua Senador Salgado Filho, 528
Santana do Livramento, RS - CEP: 97573-432
Fone: (55) 3241-8600 - Fax: (55) 3241-8600