



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Gabinete do Conselheiro Robson Marinho

Tribunal Pleno - **SEÇÃO ESTADUAL**

Sessão: **28/8/2013**

Exame Prévio de Edital - **Julgamento**

E001 00001397.989.13-8

Interessada: Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente - FUNDAÇÃO CASA

Assunto: Edital do pregão eletrônico nº 038/2013 visando a contratação de empresa para a prestação de serviços de fornecimento e distribuição de vales refeição na forma de cartão eletrônico/magnético, destinados aos funcionários da FUNDAÇÃO CASA, solicitado para exame prévio, em virtude de representação da Planinvesti Administração e Serviços Ltda.

Relatório

Em exame, **representação** formulada pela empresa **Planinvesti Administração e Serviços Ltda.** contra o edital do pregão eletrônico nº 038/2013 instaurado pela **Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente - FUNDAÇÃO CASA**, visando à contratação de empresa para a prestação de serviços de fornecimento e distribuição de vale-refeição, nos termos especificados no edital.

Em breve síntese, reclamou da quantidade de rede de estabelecimentos comerciais a ser disponibilizada pela contratada, obrigatoriedade de possuir credenciamento com estabelecimentos localizados em *shoppings centers*, e da eventual desproporcionalidade na apresentação de atestados de qualificação técnica.

Na sessão Plenária do dia 3/7/2013, foi referendado o despacho monocrático que determinou a suspensão do certame e o envio de cópia do edital, além de facultar, à Representada, o oferecimento de seus argumentos.

Em sua defesa, a Fundação alega, de forma breve, que a rede credenciada solicitada baseia-se em memorial fundamentado na necessidade efetiva de utilização do benefício.

Sublinha que possui mais de cento e cinquenta Centros de Atendimento, de funcionamento ininterrupto, distribuídos em pelo menos cinquenta e cinco municípios do Estado, sendo comum a sua localização em áreas de acesso restrito, distantes dos grandes centros comerciais.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Gabinete do Conselheiro Robson Marinho

Destaca que é possível identificar, a partir de pesquisa realizada em sítio eletrônico de empresas deste segmento, que várias delas podem perfeitamente atender à necessidade da Fundação - o que afasta qualquer restritividade de competição.

Argumenta que a necessidade de manter um quantitativo mínimo de estabelecimentos credenciados e ativos em pelo menos uma praça de alimentação dos *shoppings* de cada uma das regiões do município relaciona-se às diversas escalas de trabalho existentes e à dificuldade de acesso de alguns centros.

Ressalta que a quantidade exigida não representa mais do que 0,3% do total de estabelecimentos credenciados pelas empresas de refeição - fator que torna a exigência razoável.

Ainda quanto a este tópico, questiona a própria Representante, à medida que se sagrara vencedora em procedimento licitatório realizado pela PRODAM em 2012, no qual constavam exigências semelhantes.

No tocante às disposições afetas à qualificação técnica, sustenta que se encontram em consonância com o art. 30 da Lei nº 8.666/93 e com a Súmula nº 24 desta Corte de Contas.

Todos aqueles que oficiaram no processo (ATJ, PFE, Ministério Público de Contas e SDG) manifestaram-se pela procedência parcial da representação.

Neste interim, a Fundação ofertou novas razões complementares.

Enfatiza que sua preocupação reside na intenção de oferecer benefícios que realmente atendam às necessidades dos mais de treze mil servidores espalhados por todo o Estado de São Paulo.

Para ela, diferentemente do que pretende fazer crer a Representante, as exigências mostraram-se totalmente razoáveis, sem qualquer prejuízo ao caráter competitivo do certame, uma vez que o número mínimo de estabelecimentos baseia-se em pesquisa de mercado envolvendo empresas do setor.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Gabinete do Conselheiro Robson Marinho

Quanto ao credenciamento específico em *shoppings*, atesta que o número mínimo refere-se, somente, a apenas um centro de compras de cada região.

Em relação ao número total requerido, esclareceu que, ao contrário do afirmado pela Representante, os valores não foram determinados aleatoriamente, mas sim com a utilização, como parâmetro, dos menores números de credenciamento por município dentre as várias empresas pesquisadas, a fim de se preservar a ampla competitividade.

Em suas oitivas finais obrigatórias, tanto a PFE como o MPC opinaram pela procedência parcial.

É o relatório.

fnp



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Gabinete do Conselheiro Robson Marinho

Voto

00001397.989.13-8

Iniciando pela apreciação da cláusula afeta à capacidade técnica, prescrita no item 7.1.4.1.1 (*estipula 162.500 refeições ao mês como forma de comprovação por atestados*), acompanho o posicionamento unânime daqueles que oficiaram no processo, na direção de sua improcedência, já que não parece transbordar do regramento legal aplicável à espécie, tampouco do Enunciado Sumular nº 24 desta Casa.

De fato, torna-se possível esta conclusão ao se constatar que a quantidade estipulada corresponde a 50% do valor estimado resultante da multiplicação do número de beneficiários (treze mil), pelo número de dias considerado no mês (vinte e cinco).

Já no tocante às questões de maior relevo, dirigidas ao tamanho da rede e a obrigatoriedade do credenciamento em lojas localizadas em *shoppings centers*, forçoso reconhecer que há certo grau de discricionariedade envolvido – circunstância que impõe uma apreciação cautelosa, de forma a não invadir, indevidamente, sobretudo em sede de exame prévio de edital, este atributo – por sinal, legítimo – que detém o Poder Público, como sustentado pela defesa.

Em verdade, constitui-se em uma missão tormentosa definir a extensão do “poder discricionário da Administração”, uma vez que a margem de liberdade à sua atuação se desenha a partir de aspectos subjetivos, valorados pela conveniência e oportunidade, além de certa limitação em virtude da aplicação do princípio da razoabilidade, os quais nem sempre são precisamente delimitados pela norma.

Como bem leciona Celso Antonio Bandeira de Mello¹, enquanto que na vinculação, a previsão do acontecimento em função do qual o sujeito agirá é de uma objetividade absoluta, na discricionariedade, a norma reguladora carece desta precisão ou por não descrever antecipadamente a situação em vista da qual será suscitado o comportamento administrativo, ou por defini-la por conceitos vagos, ou ainda por conferir no próprio mandamento uma “liberdade decisória”, que envolve um exame de conveniência e de

¹ In **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Gabinete do Conselheiro Robson Marinho

oportunidade, ao invés de um dever de praticar um ato específico.

Convém lembrar que esta "liberdade" na busca da melhor alternativa de conduta representa apenas o reconhecimento de que a Administração está em situação privilegiada para identificar a providência mais adequada à satisfação de um dado "interesse público", ou seja, aquela que seja apta no caso concreto a atender, com perfeição, à finalidade da norma, como retrata o ilustre doutrinador.

Parece-me, portanto, que só cabe aqui, em face da via processual eleita, verificar se há uma ilegalidade flagrante ou um prejuízo indevido aos competidores, ou até mesmo uma manifesta desarrazoabilidade do ato administrativo, a ponto de impor a correção do edital.

Amparado nestes propósitos, em relação ao tamanho da rede, não visualizo a ocorrência de quaisquer destes elementos, seja pelo fato de a Administração esclarecer que se utilizou de pesquisa de mercado com várias empresas do setor - na qual, basicamente, optou pelo menor número de convênios dentre elas para cada localidade, como forma de privilegiar a competitividade -, seja pela imposição ter sido dirigida somente à vencedora, no prazo de quinze dias da convocação - inexistindo prova em contrário de que tal lapso temporal seria insuficiente para as providências de ordem burocrática ao convênio de novos estabelecimentos, caso se mostrasse indispensável.

Veja-se que enquanto a Administração utilizou-se de um dos critérios objetivos possíveis a fim de determinar a dimensão da rede, a Representante alegou, dentre outras razões, que "em grandes cidades como Campinas e Ribeirão Preto, cem estabelecimentos seriam mais que suficientes", e que em São Paulo o número deveria "ser reduzido, no mínimo pela metade", sem demonstrar, por estudos técnicos, a inviabilidade da obrigação a ser satisfeita.

Ora, se esta tem um interesse comercial - e individual - na estipulação de um número menor de credenciados, sua pretensão não merece se sobrepor ao direito legítimo que detém a Fundação, já que, como dito, é ela que se encontra em uma posição melhor para identificar a amplitude da rede



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Gabinete do Conselheiro Robson Marinho

credenciada apta a atender, de forma eficaz, o anseio de seus servidores, e não a Representante.

Portanto, decidir pela correção do edital neste ponto, poderia significar, em certa escala, uma indesejável interferência no poder discricionário da Administração.

Obviamente, esta conclusão não impede que a estipulação seja apreciada com maior profundidade pela fiscalização competente, por ocasião do exame ordinário do futuro contrato - momento em que se conhecerão os seus reais reflexos.

Este mesmo raciocínio me convence da possibilidade do estabelecimento de rede mínima localizada especificamente em praças de alimentação de shoppings centers.

Isto porque, aliado aos argumentos já mencionados, deve-se ponderar algumas peculiaridades do caso concreto (número de funcionários, locais de trabalho, deslocamentos e, principalmente, suas escalas diferenciadas que impõem um horário elástico de atendimento, mais comum nestes centros de compras).

Ademais, trata-se também de obrigação dirigida somente ao vencedor, cujo quantitativo, na comparação com o total de estabelecimentos requeridos no Estado¹, representa menos de 3% deste universo, não se traduzindo em um obstáculo intransponível ao licitante efetivamente interessado na disputa.

Por sinal, este entendimento guarda certas similitudes com a deliberação Plenária do dia 29/8/2012 (processo 854.989.12-6, de relatoria do e. Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues), como segue:

No caso do auxílio refeição, observa-se a obrigação de credenciamento de no mínimo 1.500 estabelecimentos, 50% dos quais (ou seja, 750) localizados em determinados shoppings, listados pelo órgão licitante, muitos, aliás, distantes da sede.

Conquanto legítima a preocupação do dirigente em propiciar aos funcionários ampla rede de atendimento, não o pode fazer de tal modo que restrinja demasiado o universo de

¹ Dentre os mais de quatorze mil estabelecimentos a ser disponibilizados em todo o Estado, foram estipulados quatrocentos e vinte e dois localizados especificamente em shoppings.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Gabinete do Conselheiro Robson Marinho

competidores e, em consequência, afete a economicidade da contratação.

Aqui, não se sustenta o demasiado percentual requerido somente com fundamento em eventuais deslocamentos de funcionários para desempenho externo de suas funções/atribuições e/ou na alegação de que o benefício não se presta unicamente à alimentação em horário de expediente.

É possível, todavia, indicação de quantidade mínima - e razoável - de estabelecimentos, desde que bem ponderada, frente às características do caso concreto. (Grifei).

No entanto, ainda que possível a estipulação, o problema que reside, aqui, refere-se à disposição de número de unidades mínimas listadas por shopping, em especial no que se refere ao município de São Paulo, mesmo porque, à míngua de maiores esclarecimentos, não há qualquer razão de ordem lógica na forma disposta.

Como exemplo, veja-se o que ocorre naqueles centros de compras listados na região sul: ora se requer, aproximadamente, 70% do universo de lojas de determinado empreendimento (*shopping Plaza Sul*), ora se estipula 32% do total (*shopping Interlagos*), conforme quadro encartado pela Fundação Casa, junto às suas justificativas.

Assim, se, de um lado, apresenta-se viável a fixação de conveniados em *shoppings* como pretendido pela Administração, de outro, uma melhor avaliação do item 7.7 é medida que se impõe, a fim de disciplinar, de forma razoável e lógica, um número mínimo ou percentual de lojas nestes centros - não necessariamente por shopping individualmente, mas por localidade em que se encontram, já que ela mesma definiu, em suas razões defensórias, a "possibilidade de escolha pela vencedora de apenas um dentre estas espécies de empreendimentos em cada região" - sem que, com isso, se agrida a discricionariedade do Gestor.

A propósito, uma leitura atenta da cláusula 7.7 induz à intelecção da necessidade do credenciamento em todos os shoppings de cada uma das regiões listados no quadro, antagonizando-se com a pretensão administrativa transcrita acima, impondo a retificação, também, desta parte do item *editalício*.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Gabinete do Conselheiro Robson Marinho

Dante do exposto, circunscrito às impugnações suscitadas, voto pela **procedência parcial** do pedido, devendo a Fundação:

- a) corrigir o edital para fins de definir, de forma razoável e lógica, sob à égide de seu poder discricionário, o percentual ou número de lojas a serem disponibilizadas em *shoppings* das regiões do município de São Paulo; e
- b) aperfeiçoar a redação do item 7.7, esclarecendo que a vencedora poderá optar por um *shopping* de cada uma daquelas regiões para efeito de credenciamento como pretendido - evitando-se, assim, qualquer dubiedade no cumprimento da obrigação.

Outrossim, recomendo que a Origem reavalie as demais prescrições do texto convocatório, especialmente as que guardarem relação com as que ensejam correções, providenciando a consequente publicação do novo texto e reabertura do prazo legal, à luz do que preconiza o art. 21, § 4º, da Lei nº 8.666/93.

Acolhido este entendimento pelo Plenário deste e. Tribunal, devem ser intimados Representante e Representada, na forma regimental.

Com o trânsito em julgado, sigam os autos à fiscalização da Casa, para anotações.

Após, arquive-se.