



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Conferência em www.tce.es.gov.br
Identificador: 7BD4B-7DBE3-2E492



Peça Complementar 17883/2020-4

Processo: 02104/2020-6

Classificação: Licitação de Serviços Gerais

Descrição complementar: DECISÃO SOBRE A IMPUGNAÇÃO DA EMPRESA
CONVÊNIOS CARD

Criação: 23/07/2020 20:27

Origem: CPP - Comissão de Pregão



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Comissão de Pregão – CPP

ANÁLISE DE IMPUGNAÇÃO DE EDITAL

PROCESSO TC Nº: 2104/2020

PREGÃO ELETRÔNICO Nº: 01/2020

OBJETO: Fornecimento e gerenciamento de auxílio-alimentação, por meio de cartão eletrônico/magnético com chip

IMPUGNANTE: Convênios Card Administradora e Editora LTDA - EPP

CNPJ: 08.656.963/0001-50

SIGNATÁRIO: Elizandro de Carvalho - OAB/SP 194.835

1 - DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE:

A impugnação ao edital foi apresentada de forma tempestiva pela empresa Convênios Card Administradora e Editora LTDA – EPP, por meio de mensagem eletrônica recebida no e-mail da Equipe de Pregão no dia 21/07/2020 às 16h18. Destacamos que a empresa formulou a impugnação com antecedência de até 03 (três) dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública, agendada para o dia 29/07/2020.

No entanto, quanto à legitimidade para a formulação da impugnação, constatamos que o signatário não comprovou, nos termos da Cláusula III - item 6 do Edital, a capacidade postulatória na qualidade de representante da empresa impugnante.

Não há demonstração assertiva da titularidade de poderes na qualidade jurídica de representante legal ou procurador por parte do Sr. Elizandro de Carvalho, visto que não foi encaminhado juntamente com a impugnação o contrato social ou procuração.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



Tal fato, por si só, seria suficiente para não admitir a impugnação e sequer analisar o mérito da questão posta sob a análise deste Pregoeiro.

Em razão dos princípios que norteiam as atividades da Administração Pública, especialmente o da eficiência, da transparência dos atos administrativos e da probidade administrativa, que possibilita seu controle pelos administrados, os quais se incluem o cidadão e os interessados nos processos de contratação pública, passo à análise do mérito da questão discutida, a fim de objetivamente dirimi-la.

2 - DAS RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO E DO PEDIDO

A empresa Convênios Card considera que não houve proporcionalidade na fixação do quantitativo de estabelecimentos credenciados para utilização dos cartões-alimentação, segundo as previsões do edital do Pregão Eletrônico nº 01/2020. Sustenta que o quantitativo previsto no item 5.4.1 do Termo de Referência é desproporcional a abrangência territorial.

Em seus argumentos, a impugnante aduz que a mensuração de estabelecimentos credenciados deve estar respaldada em estudo técnico, com amparo nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

No ponto de vista da impugnante, a exigência da rede de estabelecimentos credenciados é aparentemente exagerada, com amparo na jurisprudência das Cortes de Contas Brasileiras, privilegiando empresas já estabelecidas regionalmente.

Ao final, a empresa Convênios Card solicita o recebimento, análise e admissão da impugnação, objetivando a retificação do item 5.4.1 do Termo de Referência, para um quantitativo razoável e proporcional de estabelecimentos credenciados em relação ao objeto licitado.





3 - DA ANÁLISE DO MÉRITO E DA FUNDAMENTAÇÃO

Consubstanciado no art. 1º da Resolução nº 261/2013 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo) exercemos jurisdição em 654 unidades gestoras.

Dentre inúmeras outras atividades, com amparo no art. 1º, inciso I, VII, VIII, IX e X da Resolução nº 261/2013, o TCEES por meio da sua equipe de auditores, que atua em uma das diversas atividades finalísticas desta Corte de Contas, realiza inspeções em todo o território do Estado do Espírito Santo, que contempla 78 municípios. Esta peculiaridade de atuação dos nossos colaboradores por si só já poderia justificar a exigência de rede de estabelecimentos comerciais em todos os municípios do estado.

No intuito de exigir uma rede de estabelecimentos comerciais **razoável** e **proporcional** em relação à demanda desta Corte de Contas, o instrumento convocatório contemplou os municípios onde residem nossos colaboradores, que engloba menos do que **10%** dos municípios capixabas.

Apresentamos na tabela abaixo a distribuição da residência dos servidores/membros do TCEES nos municípios onde foi exigida rede de estabelecimentos comerciais.

Município	Nº de servidores/membros
Vitória	292
Vila Velha	155
Cariacica	07
Guarapari	06
Serra	25

O total de 485 servidores/membros constantes nesta tabela, corresponde a **96,23%** do universo de servidores/membros que utilizarão o cartão de auxílio-alimentação.





**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Comissão de Pregão – CPP

Desta forma, comprova-se que o TCEES só exigiu a rede de estabelecimentos comerciais conveniados nos municípios onde residem a maioria expressiva dos servidores/membros.

Abaixo apresentamos a relação de estabelecimentos comerciais em que os servidores/membros do TCEES realizaram gastos com cartão de auxílio-alimentação nos últimos 12 meses.

Município	Estabelecimentos
Vitória	336
Vila Velha	163
Cariacica	50
Guarapari	31
Serra	180

Fonte: UP Brasil Administração e Serviços Ltda., atual contratada.

No último ano os servidores/membros do TCEES utilizaram o cartão de auxílio-alimentação em 760 estabelecimentos comerciais situados no Espírito Santo. Se compararmos este quantitativo com a exigência do edital, que perfaz o montante mínimo de 190, inferimos que o instrumento convocatório solicitou rede credenciada que corresponde a **25%** do total de estabelecimentos utilizados pelos usuários nos últimos 12 meses.

Importante ressaltar que, comparando a fixação mínima da rede de estabelecimentos comerciais com o edital de Pregão Presencial nº 08/2015, onde contratamos o mesmo objeto, não houve inovação. Assim, o quantitativo mínimo estipulado é o que atende às necessidades deste órgão, sem prejudicar a ampla competitividade, que é um dos nortes de todo procedimento licitatório.

Para reforçar nosso posicionamento, apresentamos as exigências de outros contratos celebrados por órgãos públicos no Estado do Espírito Santo, os quais comparamos com as exigências do contrato atualmente celebrado pelo TCEES e as exigências do edital impugnado.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Comissão de Pregão – CPP

ÓRGÃO	CONTRATO	REDE DE ESTABELECIMENTOS
TCEES ¹	015/2017	Total de 190 estabelecimentos credenciados: Vitória - 50 estabelecimentos, com no mínimo de 04 redes de supermercados; Vila Velha - 50 estabelecimentos, com no mínimo de 04 redes de supermercados; Cariacica - 30 estabelecimentos, com no mínimo de 03 redes de supermercados; Guarapari - 30 estabelecimentos, com no mínimo de 03 redes de supermercados; Serra - 30 estabelecimentos, com no mínimo de 03 redes de supermercados.
MPES - Servidores ²	028/2019	No mínimo 1.000 estabelecimentos credenciados
MPES - Membros	071/2019	No mínimo 1.000 estabelecimentos credenciados em todos os municípios, com pelo menos 2 redes de supermercados em cada município
ALES ³	009/2017	Mínimo de 1.000 estabelecimentos credenciados , sendo 350 estabelecimentos para cartão refeição e 650 para cartão alimentação
BANDES ⁴	006/2016	1.900 estabelecimentos conveniados no estado do ES, sendo no mínimo 1.100 estabelecimentos na Região Metropolitana. Supermercados: Vitória e Vila Velha: 04 redes credenciadas; Supermercados: Cariacica, Serra e Guarapari: 03 redes credenciadas em cada município.
CÂMARA MUNICIPAL DE VITÓRIA ⁵	016/2018	Quantidade mínima de 350 estabelecimentos credenciados em Vitória, Viana, Cariacica, Serra e Vila Velha. Quantidade mínima de 250 estabelecimentos credenciados em Vitória.

De tudo isso é de fácil constatação que o quantitativo de estabelecimentos exigidos no edital é **proporcional e razoável** em relação à realidade da Corte de Contas do Estado do Espírito Santo.

¹ Disponível em: <https://www.tcees.tc.br/portal-da-transparencia/licitacoes-e-contratacoes/contratos-antecedentes2020/todas-as-modalidades/>

² Disponível em:

https://www.mpes.mp.br/transparencia/informacoes/Licitacoes_Contratos_e_Convenios/Contratos.asp

³ Disponível em: <https://www.al.es.gov.br/Transparencia>

⁴ Disponível em: <https://www.bandes.com.br/Site/Dinamico/Show/482/Licitacoes-e-contratos>

⁵ Disponível em:

<http://www.cmv.es.gov.br/transparencia/contrato?fktipo=&contrato=016%2F2018&ano=&fkentidade=&fkmodalidade=&fksituacao=&data1=&data2=&fkcategoria=&search=>



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Comissão de Pregão – CPP

Ainda no intuito de demonstrar a legitimidade da exigência formulada no instrumento convocatório, apuramos que algumas empresas que atuam no segmento de gerenciamento de cartão-alimentação apresentam os seguintes quantitativos de estabelecimentos credenciados no Estado do Espírito Santo:

MUNICÍPIO	POPULAÇÃO 2019	SODEXO Rede credenciada	LECARD Rede credenciada
VILA VELHA	493.838	1020	283
VITÓRIA	362.097	1131	412
SERRA	517.510	438	483
CARIACICA	381.285	703	105
GUARAPARI	124.859	78	55

Observação: consulta realizadas nos portais da internet das empresas.

Para o correto entendimento da questão é imprescindível argumentar que existe legitimidade por parte do TCEES diante do poder discricionário a ele concedido pela Constituição Federal, Constituição Estadual, Leis e demais normas, de estabelecer os requisitos de execução de serviços conforme sua realidade.

O renomado autor Marçal Justen Filho⁶, leciona sobre proporcionalidade e discricionariedade em sua clássica doutrina, apresentando de maneira muito coerente os trechos abaixo:

O princípio da proporcionalidade apresenta tanto maior relevância quanto maior a liberdade do intérprete-aplicador do Direito. Assim se passa porque a liberdade na atividade de aplicação do Direito significa atribuição de poder jurídico para escolher a solução mais correta e adequada, em face das circunstâncias. **Nesses casos, a atividade do intérprete-aplicador será imediatamente informada pelo princípio da proporcionalidade porque o ordenamento jurídico não admite que o exercício do poder decisório seja incompatível com o atingimento, do modo mais racional, da finalidade protegida. A autonomia assegurada pela competência discricionária é um meio para garantir a produção mais satisfatória de um resultado prestigiado pelo ordenamento. (g.n.)**

(...)

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16. ed. São Paulo: Dialética, 2014. p. 83-84.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



A solução do caso concreto sempre envolve interpretação da norma abstrata e individualização de seus efeitos para a situação real. Essa operação terá de ser norteada pelo princípio da proporcionalidade. É que nenhuma lei exaure integralmente a liberdade do intérprete-aplicador, o que deriva da própria textura aberta da linguagem.

(...)

A atribuição de competência discricionária seria inviável transformar o procedimento licitatório numa atividade integralmente vinculada à lei. Isso acarretaria a necessidade de uma lei disciplinando cada licitação. A estrita e absoluta legalidade tornaria inviável o aperfeiçoamento da contratação administrativa. Uma vinculação assim ampla e exaustiva seria tão prejudicial e indesejável quanto a total liberação do administrador para formalizar o contrato que melhor lhe aprouvesse.

Então, a lei estabelece os limites gerais a serem observados pela Administração, atribuindo-lhe competência para exercitar escolhas dentro desses parâmetros predeterminados. A lei atribui competência para a Administração definir as condições da contratação administrativa. Por outro lado, a lei determina que a discricionariedade da Administração deverá ser progressivamente exaurida. (g.n.)

O eminente Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, Dr. Lucas Rocha Furtado⁷, apresenta em sua doutrina a conceituação de discricionariedade administrativa e seus pressupostos:

A discricionariedade administrativa pode ser apresentada como a liberdade conferida pela lei ao administrador público para a adoção da melhor solução para o caso concreto, com vista à realização das finalidades legais, em razão do juízo de conveniência e de oportunidade da Administração Pública.

(...)

O exercício da discricionariedade pressupõe que:

- Lei haja conferido liberdade ao administrador para a definição do conteúdo do ato;
- A liberdade seja exercida nos limites da lei;
- O administrador se utilize da liberdade legal com o propósito de melhor realizar as finalidades legais que justificaram a outorga da competência para o exercício da atividade;
- **A definição da solução mais adequada decorre do juízo de conveniência do administrador público. (g.n.)**

⁷ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 564.





**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Comissão de Pregão – CPP

No âmbito jurisprudencial o TRF da 1ª Região⁸ já decidiu:

A definição do objeto de uma licitação promovida pelo Poder Público decorre do exercício de poder discricionário, pautando-se pela conveniência e oportunidade administrativas, não se sujeitando a controle judicial.

A obra do Dr. Lucas Rocha Furtado⁹, também nos auxilia no entendimento do princípio da razoabilidade, conforme o exposto:

O princípio da razoabilidade constitui o principal instrumento para o exercício do controle da legitimidade da atuação administrativa discricionária. É certo que nem sempre será fácil separar o juízo de conveniência ou de oportunidade do administrador da noção de conduta razoável.

(...)

A verdadeira função do princípio da razoabilidade no controle da discricionariedade administrativa é evitar soluções absurdas. Se, a partir do exame do caso concreto, a aplicação da norma resultar absurda, por mais subjetivo que se possa considerar esse processo, o princípio da razoabilidade deve entrar em ação e afastar referida solução por ser contrária ao Direito.

Do exposto, reforçamos as considerações da instrução processual, em especial a prevista no item 5.4.1 do Termo de Referência, que prevê o número mínimo de estabelecimentos credenciados para utilização dos cartões magnéticos de alimentação.

A apresentação desta argumentação reforça as considerações promovidas nos autos, com destaque para a formulação da exigência de rede de estabelecimentos credenciados de maneira razoável, proporcional e adequada à realidade do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo.

8 TRF/1ª Região. 3ª Turma. MAS nº 01457224/MG. Processo nº 1996.01.45722-4. DJ 22 out. 2001. p. 783.

⁹ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.922-923.



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913



**TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

Comissão de Pregão – CPP

4 - CONCLUSÃO

Diante do exposto, CONHEÇO da impugnação, mas no mérito INDEFIRO o requerimento formulado, em razão dos argumentos lançados nesta manifestação, mantendo-se as regras dispostas em Edital e a data da sessão pública de disputa.

Vitória, 23 de julho de 2020.

GUILHERME NUNES - Pregoeiro Oficial

Assinado eletronicamente - Instrução Normativa TC nº 35/2015



+55 27 3334-7600



www.tcees.tc.br



@tceespiritossanto



Rua José de Alexandre Buaziz, 157 - Enseada do Suá | Vitória - ES | CEP: 29050-913