



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



EXAME PRÉVIO DE EDITAL
RELATOR CONSELHEIRO SIDNEY ESTANISLAU BERALDO
TRIBUNAL PLENO - SESSÃO DE 29-04-15- MUNICIPAL
JULGAMENTO

=====
Processos: TC-006061.989.14-1
TC-006109.989.14-1
TC-006218.989.14-3
Representantes: Marília Barbosa
Verocheque Refeições Ltda.
Planinvest Administração e Serviços Ltda.
Representada: Prefeitura Municipal de Cubatão.
Assunto: Exame prévio do edital do pregão presencial nº 93/14,
do tipo “*menor taxa de administração*”, que tem por objeto a
“*contratação de empresa especializada para prestação de serviços na área
de fornecimento e gerenciamento de cartão de magnético*”.
Responsável: Marcia Rosa de Mendonça (Prefeita Municipal)
Advogados: Marília Barbosa (OAB/SP nº 321.485), Pedro Henrique
Ferreira Ramos Marques (OAB/SP nº 261.130)
Valor estimado: R\$ 45.000.000,00.
=====

01. RELATÓRIO

1.1 Trata-se do **exame prévio** do edital do pregão presencial nº 93/14, do tipo “*menor taxa de administração*”, elaborado pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE CUBATÃO**, cujo objeto é a “*contratação de empresa especializada para prestação de serviços na área de fornecimento e gerenciamento de cartão de magnético facultativo aos servidores públicos municipais ativos e inativos da Administração Pública Direta, Autárquica e Poder Legislativo do Município de Cubatão, denominado Cartão Servidor Cidadão, conforme descritivo e quantidades constantes no Anexo I - Termo de Referência*”.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



1.2 Insurgiram-se as **Representantes**, em comum, contra o item 7.3.3¹, que limitou a oferta de taxa de administração no “*percentual médio de no máximo 4,5 % (quatro vírgula cinco por cento)*”.

Sustentaram que a imposição restringiria a competitividade, assim como contrariaria o princípio da isonomia previsto no artigo 3º da Lei nº 8.666/93.

Alegaram não haver qualquer justificativa fática, técnica ou jurídica no edital que amparasse a limitação.

1.3 Por sua vez, **VEROCHEQUE REFEIÇÕES LTDA.** acrescentou as seguintes queixas:

a) Imprecisão na descrição do objeto, que careceria dos elementos e informações necessárias para que os licitantes pudessem disputar o certame em igualdade de condições;

b) Imposição ilegal e abusiva de que a contratada deveria repassar um montante fixo de 2% (dois por cento) sobre o que lhe fosse transferido pela Prefeitura de Cubatão (valor mensal disponibilizado na forma do cronograma de desembolso) ao Fundo de Assistência Social do Município²;

c) Exigência injustificada de senha de 06 (seis) dígitos³, porquanto “*as empresas que atuam no seguimento de cartões (crédito, alimentação, refeição e outros) trabalham com 04 (quatro) dígitos*”; e

d) Extenso número de estabelecimentos que deveriam ser credenciados, conforme item 05 do Anexo I⁴, sem justificativas técnicas a

¹ “7.3.3. Valor da Taxa de Administração (percentual) em algarismo e também por extenso com duas casas decimais, apurados à data de sua apresentação, com percentual médio de no máximo 4,5 % (quatro vírgula cinco por cento) e prazo para repasse do valor da compra ao comerciante em algarismo e também por extenso, apurados à data de sua apresentação, sem inclusão de qualquer encargo financeiro ou previsão inflacionária.”

² “Anexo I

(...)

- A empresa vencedora ficará obrigada a aplicar, mensalmente e até o 30º (trigésimo) dia após o pagamento da respectiva fatura por parte da contratada, um montante fixo de 2 % (dois por cento) incidente sobre o que lhe for repassado pela Prefeitura de Cubatão (valor mensal disponibilizado na forma do cronograma de desembolso), no Fundo de Assistência Social do Município, podendo este fundo direcionar metade dos recursos ao Conselho Tutelar, garantindo a finalidade social do programa.”

³ “Anexo I

(...)

A empresa vencedora, em cumprimento ao objeto deste certame, deverá:

1) Fornecer cartão individual com senha personalizada composta por 6(seis) dígitos, para aproximadamente 6.500 (seis mil e quinhentos) usuários (servidores) da municipalidade de Cubatão.”

⁴ “5) Na relação a ser apresentada, deverão constar como credenciados ativos os estabelecimentos e respectivos prestadores de serviços tais como: Minimercados, Supermercados, Bares, Lanchonetes, Restaurantes,



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



amparar a quantidade exigida ou a escolha de alguns deles, a exemplo de agência de turismo, avicultura, academia, consultório de psicologia, dentre outros.

1.4 Ante a existência de indícios de restrição indevida à competitividade, a suspensão do certame foi decretada e a medida liminar **referendada** por este E. Plenário.

Naquela oportunidade, além das questões impugnadas, considerei necessário que a Administração esclarecesse ainda:

- ✓ Exigência de termo de compromisso dos estabelecimentos comerciais legalmente estabelecidos no Município⁵, em possível afronta à Súmula nº 15 desta Corte;
- ✓ Imposição de cadastramento dos comerciantes indicados no rol que será fornecido pelas instituições representativas do comércio e serviços locais⁶, configurando-se compromisso de terceiros alheio à disputa;

Bazar, Magazine, Postos de Combustíveis, Farmácias e Drogarias, Agencia de Turismo, Escolas de Educação de Ensino de Treinamento, Comercio de Roupas em Geral, Loja de Moveis e Eletrodomésticos, Comercio de Materiais de Construção, Comercio de Auto Pecas, Serralheria, Comercio de Calçados em geral, Bombonier, Padarias e Confeitarias, Açougues e Casas de Frios, Cosméticos e Perfumaria, Papelaria e Livraria, Cirurgião Dentista/Clinica, Loja de Brinquedos, Pet Shop, Fotos e Ótica, Materiais Elétricos, Perfumarias e Cosméticos, Cabeleireiro, Buffet - Salão de Eventos, Distribuidora de Água, Avicultura, Estética e Beleza, Confecção de Peças de Roupas e Vestuário, Doceria, Casa de Tintas, Banca de Jornal, Farmácia De Manipulação, Bolsas e Acessórios, Clínica Fisioterapia, Roupas e Acessórios, Comercio De Moveis, Cama Mesa E Banho, Agencia De Autos, Bijuterias e Acessórios, Livrarias e Papelarias, Materiais de Construção, Variedades, Academia, Comercio De Roupas Infantis, Pizzaria, Loja e Comércio de Equipamentos de Informática, Auto peças Motos, Bicletarias, óticas e Relojoarias, Oficina Mecânica, Assessorias em Geral, Salão De Beleza, Vidraçaria, Mecânica e Auto Elétrica, Consultório de Psicologia, Comércio de Materiais Esportivos, Empório, Nutrição, Equipamentos de Segurança, Comércio de Motos, Auto Escola, Clínica De Especialização, Podólogo, Chaveiro, Laticínios e Embutidos, Avícolas, Casa de Ferragens, Cafeteria, Moda Intima, Comercio De Mídias, Fonoaudióloga, Armarinhos, Com de Colchões, Decoração, Loja de Presentes, Loja De Conveniência, Produtos de Limpeza em Geral, Lava Rápido, Casa do Norte, Comunicação Visual.”

⁵ “6) Os estabelecimentos comercias legalmente estabelecidos no Município de Cubatão, devem estar aptos com as instituições representativas do comércio e de serviços deste município, dos quais deverão para tanto assinar termo de compromisso com estas instituições representativas do comércio e de serviços local, viabilizando assim a utilização do cartão pelos servidores públicos municipais no seu respectivo estabelecimento;” (grifei)

⁶ “6.2 - A CONTRATADA deverá providenciar o cadastramento dos comerciantes legalmente estabelecidos no Município de Cubatão, cujo rol será fornecido pelas instituições representativas do comércio e de serviços local, e interessados em aderir ao programa denominado CARTÃO SERVIDOR CIDADÃO, identificando os respectivos estabelecimentos com adesivo ilustrativo de sua responsabilidade cujo modelo será disponibilizado pela CONTRATANTE.”



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



- ✓ Utilização da taxa de administração a ser cobrada diretamente dos comerciantes credenciados como forma de remuneração da contratada⁷;
- ✓ Estabelecimento de prazo inadequado para a apresentação de documentos de regularidade fiscal de microempresas ou empresas de pequeno porte⁸;
- ✓ Critério de adjudicação⁹ e contratação¹⁰ adotados;
- ✓ Exíguo prazo para a apresentação da vasta rede de credenciados exigida¹¹; e
- ✓ Atribuição, como valor estimado do contrato, do montante dos repasses a serem creditados nos cartões¹², porquanto a remuneração da contratada se daria pela taxa de administração a ser cobrada diretamente dos comerciantes credenciados¹³.
- ✓ A origem dos valores disponibilizados aos servidores e operacionalização da contrapartida¹⁴.

⁷ “7.7. Restando claro que o Poder Público não arcará com nenhum pagamento a qualquer título que seja em favor da licitante vencedora, limitando-se a efetuar somente o repasse do montante total que seja disponibilizado no cartão de cada servidor optante, sendo a taxa de administração em questão a forma de remuneração da licitante vencedora a ser cobrada diretamente dos comerciantes credenciados junto à licitante vencedora.”

⁸ “8.7.1. Havendo alguma restrição na comprovação de regularidade fiscal, fica assegurado, à Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, o prazo de 2 (dois) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado vencedor do certame, prorrogável por igual período, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de negativa (artigo 4º, § 1º do Decreto Federal n.º 6.204 de 5 de setembro de 2007)”

⁹ “10.1 O julgamento ocorrerá por item e a classificação das propostas será pelo critério da menor taxa de administração a ser cobrada dos comerciantes cadastrados.”

¹⁰ “CLÁUSULA SEGUNDA - DOS PREÇOS UNITÁRIOS E GLOBAL DO CONTRATO
2.1 - Pelo fornecimento do objeto do presente fica a Contratada autorizada a descontar taxa de administração equivalente à ***.% (** por cento) do valor de cada transação efetuada por servidor público do Município de Cubatão, devendo contudo repassar ao comerciante cadastrado no sistema o valor remanescente da compra em até **** (***** dias úteis.”

¹¹ “4) A empresa vencedora após sua homologação, será convocada a apresentar no prazo de 10(dez) dias relação com ampla rede credenciada de estabelecimentos ativos e aptos a receberem os cartões dentro do município de Cubatão.”

¹² “8.4.4.2. Valor total estimado pela PREFEITURA MUNICIPAL DE CUBATÃO para a aquisição do objeto deste certame, que é de R\$ 45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões de reais).”

¹³ Vide nota 8

¹⁴ “- O valor total destinado a cada servidor municipal é de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) para o ano de 2015 (distribuídos em 12 parcelas mensais de R\$ 500,00 (quinhentos reais).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



1.5 Regularmente notificada, a Prefeitura ponderou que a pretendida contratação *“não se limita à gestão de cartão de débito para um fim exclusivamente comercial, o que pode resultar em diferentes taxas de administração por seus credenciados”*, mas se refere a *“um programa macro, que envolve a Administração Municipal, os servidores, a sociedade civil e o comércio de modo geral (comerciantes e prestadores de serviços locais)”*. Destacou, assim, que a responsabilidade social do programa seria primordial para seu sucesso, o que ensejaria a limitação dos percentuais pretendidos.

Informou que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu, em decisão proferida em sede recursal, de Ação Civil Pública intentada pelo Ministério Público, a constitucionalidade da lei que criou o benefício em questão.

Quanto ao percentual de 2% a ser repassado ao Fundo de Assistência Social, anotou ter ele respaldo nas Leis municipais nºs 3.355 e 3.356, ambas de 17-12-2009, Lei municipal nº 3.447/2011, de 04-05-2011, e Decreto municipal nº 9.465, de 30-12-2009.

No mesmo sentido, as exigências de credenciamento de extenso rol de estabelecimentos, de termo de compromisso, de cadastramento dos comerciantes indicados e utilização de taxa de administração cobrada diretamente deles, como forma de remuneração, encontrariam respaldo naquelas normas.

Obtemperou que *“o objeto licitado trata-se de um programa de adesão facultativa pelos servidores ativos e inativos do Município, que tem por objetivo incentivar o desenvolvimento da economia cubatense, gerar empregos, alavancar o desenvolvimento quantitativo e qualitativo do comércio e do serviço local, bem como proporcionar aos servidores públicos um benefício e à população carente o incremento da política assistencial”*.

Argumentou que a comprovação de regularidade fiscal se coaduna com o Decreto federal nº 6.204/2007.

Esclareceu que a classificação das propostas dar-se-á pelo critério de menor taxa de administração, *“vez que se trata de prestação de*

Haverá uma contrapartida do servidor optante, no valor mensal de 5% (R\$ 25,00), descontada automaticamente na folha de pagamento.”



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



serviços e não fornecimento”, tendo, por um equívoco, constado do edital a escolha e classificação por item.

Reconheceu, ainda, a incorreção na exigência de senha com 06 (seis) dígitos.

Quanto ao valor estimado, alegou que atenderia à demanda da Administração, cujo montante estaria no limite caso viessem a serem contratados novos servidores. Além disso, haveria uma proposta para eventual aumento do valor aos servidores, razão pela qual teria sido fixado o valor dentro de uma margem razoável para suprir a demanda, não sendo obrigatória a utilização desses valores no programa.

Informou, outrossim, que os valores seriam creditados em cartão e a contrapartida dos servidores descontada dos seus vencimentos, no próprio holerite.

1.6 A **Chefia de Assessoria Técnico-Jurídica** pronunciou-se pela procedência da representação, por entender que o objeto licitado *“engloba, além do cartão vale alimentação a ser atendido por rede credenciada do ramo alimentício, também representa um programa que envolve a Administração Pública, os servidores, a sociedade civil e o comércio de forma geral”*.

Além da aglutinação apontada, destacou que o edital não define de forma clara o quanto pretendido pela Administração.

Anotou, também, ser exíguo o prazo para credenciamento dos estabelecimentos, além de merecer correção a questão atinente ao uso de senha de 06 (seis) dígitos.

1.7 O **Ministério Público de Contas**, após tecer um panorama das normas municipais que regem a matéria, bem como da decisão judicial que as considerou constitucional, manifestou-se pela anulação do certame ou, subsidiariamente, pela procedência das representações.

Ponderou que *“a municipalidade, sob a escusa de fomentar o comércio local e incrementar a renda de seus servidores, instituiu algo pouco semelhante a um “cartão de crédito” em prol do funcionalismo e, por intermédio da licitação em apreço, objetiva contratar empresa que assim o implemente”*.

Nesse sentido, considerou tratar-se de *“objeto sui generis que permite a aquisição de diversos produtos e serviços pelos funcionários*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



públicos junto à extensa rede de estabelecimentos a ser credenciada pela futura empresa contratada” e que, a seu ver, se assemelharia a um cartão de crédito, diferenciando-se deste pelo fato de que “a contraprestação paga pelo servidor beneficiário não alcança o crédito que lhe foi concedido”.

A despeito da decisão do Poder Judiciário, proferida em controle difuso, com efeito *inter partes*, entendeu que a Lei municipal nº 3.555, de 17 de dezembro de 2009, “*padece de inconstitucionalidade*”, por “*motivos diversos daqueles que fundamentaram o aresto citado: para o MPC, a norma local ofende os princípios da isonomia federativa e da moralidade pública (arts. 19, in. III, e 37, caput da Constituição Federal)*”.

Pretextou não ser possível ao Município “*estabelecer renda que só poderá ser utilizada em seu território, criando privilégio inaceitável perante os demais entes da Federação*”, assim como esta medida instaria ao servidor a “*aderir a receber verba que só poderá ser gasta no comércio local, privando-o da ampla liberdade de escolha que deve ter como consumidor*”. Apontou, desta forma, “*que a lei em questão viola o princípio da moralidade constante do caput do artigo 37 da Constituição Federal, eis que concede benefício custeado por dinheiro público independentemente de causa geradora e critério discriminante razoável*”, além de desrespeitar o artigo 128 da Constituição Paulista, pelo qual “*as vantagens de qualquer natureza só poderão ser instituídas quando atendam efetivamente ao interesse pública e às exigências do serviço*”.

Reputou, ainda, que a ausência de adequada previsão de dotação orçamentária no instrumento convocatório, violaria frontalmente o art. 7º, § 2º, III, da Lei federal nº 8.666/93 e ensejaria a anulação do certame.

Subsidiariamente, posicionou-se pela procedência das impugnações.

Avaliou que a taxa de administração cobrada de terceiros refere-se à relação de direito privado, estranha ao contrato celebrado com o Poder Público, configurando-se interferência da Administração na relação entre os particulares.

A eleição, como critério de julgamento, de menor taxa de administração, cobrada pela contratada junto ao estabelecimento comercial por ela credenciado, não encontraria amparo na lei de regência, tampouco na jurisprudência desta Corte. Além disso, seria imprópria “a



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



*determinação da Lei nº 3.355/2009 (art. 2º), que impõe que a empresa licitante **recolha 2% de sua arrecadação a fundos municipais**, pois a municipalidade não tem competência para impor taxa cuja base de cálculo seja própria de imposto da União, a rigor do quanto dispõe o §2º do art. 145 da Constituição Federal de 1988”.*

Expôs, ainda, que a diversidade de estabelecimentos a serem credenciados restringe indevidamente a participação de concorrentes ao certame. Ademais, o prazo estabelecido para tanto, *“importa que as interessadas teriam de iniciar o credenciamento de estabelecimentos antes do resultado do certame, o que significa, em termos práticos, violação ao entendimento da súmula 15 desta Corte, configurando exigência de prévio cadastramento dos estabelecimentos”.*

De igual forma, considerou indevidas, ainda, as exigências atinentes ao termo de compromisso dos estabelecimentos comerciais, ao cadastramento dos comerciantes indicados no rol que será fornecido pelas instituições representativas do comércio e serviços locais, pois configurariam compromisso de terceiro alheio à disputa.

Necessário, a seu ver, que a Administração reveja o dispositivo 8.7.1, adequando-o às alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 147/14.

De outro modo, anotou ser improcedente o questionamento acerca do valor estimado para a contratação, porquanto este Tribunal *“firmou entendimento que mais relevante que o gasto direto do órgão público contratante com taxas de administração é a apuração do montante global envolvido na contratação, vez que o interesse dos particulares, que atuam pautados pelas regras de mercado, decorre diretamente da possibilidade de extração de lucro por meio do negócio a ser celebrado”.*

1.8 Por sua vez, a **Secretaria-Diretoria Geral** considerou as impugnações parcialmente procedentes.

De início, anotou ser improcedente a questão relativa à descrição do objeto, já que o edital encerraria informações suficientes à formulação de propostas, não se verificando as omissões apontadas pela empresa Verocheque Refeições Ltda.

De outro modo, careceria de revisão o instrumento convocatório quanto às demais imperfeições apontadas nas iniciais, a



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



começar pela limitação da taxa de administração ofertada pela contratada aos estabelecimentos credenciados e à exigência no sentido da transferência pela contratada ao Fundo de Assistência Social do Município de um valor equivalente a 2% (dois por cento) sobre a quantia que lhe for repassada pela Prefeitura, que se revelaria exorbitante. Sobre tais aspectos salienta que já *“constaram de edital anterior lançado pela Prefeitura de Cubatão, de mesmo objeto, tendo sido censuradas pelo E. Plenário em sede de exame prévio de edital”*.

Tendo em vista que a vencedora deverá dispor de uma vasta rede de estabelecimentos credenciados, em diversos segmentos do mercado, o prazo fixado, de até 10 (dez) dias da homologação do certame (subitem 13.1), configurar-se-ia exíguo.

Também entendeu que o reconhecimento, pela Prefeitura, de equívoco acerca da exigência de cartão com senha de 06 (seis) dígitos aponta na direção da procedência da insurgência.

De outra forma, não vislumbrou problemas atinentes ao termo de compromisso, ao cadastramento de comerciantes indicados pelos representantes do comércio e serviço local, à taxa de administração a ser cobrada dos credenciados e ao valor estimado da contratação, pelas seguintes razões:

“Verifica-se que o edital não exige a apresentação de termo de compromisso dos estabelecimentos comerciais estabelecidos no Município, não se podendo falar em afronta à Súmula nº 15 desta Corte. Infere-se do teor do item 6 do Anexo I que, na verdade, aludido documento constitui condição para que estabelecimentos comerciais se tornem aptos com as instituições representativas do comércio e serviços de Cubatão, com vistas a viabilizar a utilização do cartão pelos servidores municipais.

Da mesma maneira, acredito que a imposição de cadastramento dos comerciantes indicados pelas instituições representativas do comércio e serviços locais não configura compromisso de terceiros alheios à disputa, uma vez que não se exige no edital qualquer documento dos estabelecimentos a serem credenciados.

Atinente à taxa de administração cobrada dos credenciados, independentemente de qualquer regra estipulada pela Prefeitura, certamente será uma das formas de remuneração da contratada e, quanto ao valor estimado do ajuste, penso que o caso assemelha-se aos certames voltados para o fornecimento e administração de cartões alimentação/refeição, nos quais esta Corte entende que o montante dos



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



repases a serem creditado nos cartões deve ser considerado para fins do orçamento da contratação”.

Não obstante, ponderou não ter sido esclarecido satisfatoriamente o critério de adjudicação e contratação, *“ressaltando que o julgamento pela menor taxa de administração a ser cobrada dos comerciantes (subitem 10.1), acaba por interferir em relações jurídicas de direito privado, que devem ser definidas entre a contratada e terceiros, visto que sujeitas à livre concorrência, postulado da ordem econômica nacional (artigo 170, IV, da Constituição Federal)”.*

A procedência dos recursos financeiros que serão utilizados para a concessão do benefício não se encontra determinada no instrumento convocatório e não foi informada pela Administração.

Por fim, ressaltou merecer revisão o prazo fixado às microempresas e empresas de pequeno porte, na hipótese de restrição na comprovação de regularidade fiscal, para adequá-lo à Lei Complementar 147/14.

É o relatório.

02. VOTO

2.1 Pretende a Prefeitura Municipal de Cubatão a *“contratação de empresa especializada para prestação de serviços na área de fornecimento e gerenciamento de cartão de magnético facultativo aos servidores públicos municipais ativos e inativos da Administração Pública Direta, Autárquica e Poder Legislativo do Município de Cubatão, denominado Cartão Servidor Cidadão”.*

Mencionado cartão foi instituído pela Lei municipal nº 3.355/2009, alterada em 04-05-11 pela Lei municipal nº 3.447, com o objetivo de *“incentivar o desenvolvimento da economia cubatense, gerar empregos, alavancar o desenvolvimento quantitativo e qualitativo do comércio e do serviço local, bem como proporcionar aos Servidores Públicos um benefício, e à população carente, o incremento da política assistencial¹⁵”.*

¹⁵

Artigo 2º da Lei nº 3.355/2009, com nova redação dada pela Lei nº 3.447/2011.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



De se destacar que a adesão a referido benefício é facultativa, concorrendo o servidor que optar por a ele aderir com 5% do valor que for disponibilizado para consumo¹⁶.

Inobstante o posicionamento do Ministério Público de Contas, de que a Lei municipal nº 3.555/09 ofenderia os princípios da isonomia federativa e da moralidade pública, e a despeito das possíveis discussões sobre as consequências jurídicas e econômicas que adviriam do cartão em questão, é imperioso destacar a existência de decisão judicial, proferida pela 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, em sede de apelação interposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, nos autos de ação civil pública, nos seguintes termos:

“Apelação tempestiva (fls. 319/336), manejada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, nos autos da ação civil pública ajuizada em face do MUNICÍPIO DE CUBATÃO, objetivando ordem para que se abstenha de manter o “Cartão Servidor Cidadão” com utilização exclusiva nos estabelecimentos comerciais e prestadores de serviço constituídos e/ou mantidos pelo Município de Cubatão, inconformado com a r. sentença de fls. 308/317 que julgou improcedente a ação, e extinguiu o feito nos termos do art. 269, I, do CPC.

Sustentou que o “Cartão Servidor Cidadão” viola princípios constitucionais da ordem econômica, tendo em vista que a limitação quanto à utilização do referido cartão gera desequilíbrio na atividade empresarial, eis que concede privilégio a um grupo delimitado de empresários, afrontando o direito do consumidor que não terá escolha quanto à qualidade e preços, o que configura infração à ordem econômica nos termos do art. 20, I, da Lei nº 8.884/94.

Acrescentou que o legislativo e o executivo municipal excederam-se na utilização de atos normativos em relação ao fim pretendido e visaram fim inadequado, privilegiando o grupo de empresários sediados na cidade em detrimento de todos os demais, extravasando os limites da competência prevista no art. 30, I, da CF. Pretende a declaração incidental da inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 3.355/2009.

Contrarrazões (fls. 340/346).

A Douta Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 350/353).

¹⁶ Art. 3º, § 2º da Lei municipal nº 3.355/2009.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



É o relatório.

A Lei Municipal nº 3.355, de 17 de dezembro de 2009 autorizou o Poder Executivo Municipal a instituir o “Cartão Servidor Cidadão” (art. 1º), destinado aos servidores públicos ativos, pertencentes aos quadros da Administração Pública Direta, Companhia Municipal de Trânsito CMT e Caixa de Previdência, independente dos níveis em que se encontram, bem como aos inativos e pensionistas do Município de Cubatão, com adesão facultativa (art. 3º, “caput” e § 1º), sendo regulamentada pelo Decreto Municipal nº 9.465, de 30 de dezembro de 2009.

Através do referido cartão, concedido individualmente a cada um dos servidores que aderiram ao sistema, o Município de Cubatão disponibiliza crédito, correspondente a R\$ 500,00 (quinhentos reais) mensais (art. 8º do Decreto 9.465/09), para utilização pelos beneficiários exclusivamente em empresas constituídas no Município e devidamente cadastradas junto à Prefeitura, por intermédio da Associação Comercial e Industrial de Cubatão (arts. 1º, parágrafo único, e 4º, da Lei Municipal e arts. 2º, II, 3º, II, 5º e 6º, do Decreto Municipal).

De referido valor disponibilizado para consumo são descontados 5% diretamente em folha de cada servidor (art. 3º, § 2º, e 5º da Lei), ficando vedado o recebimento do crédito por qualquer outra forma, inclusive em espécie (art. 10 da Lei).

Consoante estabelece o art. 2º da Lei Municipal nº 3.355/09, o objetivo da criação do “Cartão Servidor Cidadão” foi incentivar o desenvolvimento da economia cubatense, gerar empregos, alavancar o desenvolvimento quantitativo e qualitativo do comércio e do serviço local, bem como proporcionar aos servidores públicos um benefício, e à população carente, o incremento da política assistencial.

Com efeito, a adesão ao cartão é facultativa tanto para o servidor (art. 3º, § 1º, da lei), quanto para os comerciantes e prestadores de serviço local (art. 4º da lei).

A Constituição estabeleceu que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem como um dos princípios a livre concorrência (art. 170, IV). Por isso “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei” (parágrafo único). Em seu art. 24, I, determinou que



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



competete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre direito econômico.

Ademais, a Constituição Federal reservou ao Município competência para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I).

Tal autonomia decorre da preponderância dos interesses locais sobre os gerais, naquilo que for de interesse peculiar do Município enquanto entidade encarregada de administrar as necessidades locais para efeito de promover o bem comum da coletividade.

Como bem asseverado pela r. sentença, o Município exerceu regularmente sua competência legislativa local, porquanto “o escopo da Municipalidade não foi legislar sobre temas de direito econômico, que envolve a definição do Sistema Econômico, o papel do Estado na economia e a organização da concorrência, mas incentivar o consumo no Município, gerando empregos, recolhimento de impostos e alavancando o comércio e prestação de serviços locais”.

Por outro lado, não há que se falar em inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 3.355/09, eis que a adesão é livre para todas as partes. Não restou evidenciada qualquer violação à liberdade de escolha do consumidor, bem como flagrante desequilíbrio à concorrência de mercado, que somente ficará aquecido e incentivado.

*A Lei Municipal objetiva nitidamente o desenvolvimento local, e não esbarra em qualquer óbice ou viola princípios constitucionais. Pelo exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO**”.* (Grifei)

Assim, ainda que pelo princípio da independência das instâncias, detenha este Tribunal, no âmbito de suas competências constitucionais, autonomia para decidir em relação a determinadas matérias, inegável que a decisão judicial mencionada ampara a situação ora em exame.

Dito isto, em análise sumária, objetiva e abstrata, própria do exame prévio de edital, considero que o benefício em questão, na seara da competência discricionária do Administrador, não ostenta manifesta ilegalidade.

2.2 Improcedente, outrossim, o aspecto relacionado à definição do objeto, porquanto as informações necessárias à compreensão do



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



quanto pretendido pela Administração encontram-se claras no ato convocatório.

2.3 No que tange ao montante de 2%, incidente sobre o que for repassado pela Prefeitura à contratada, a ser aplicado mensalmente no Fundo de Assistência Social do Município (Anexo I), alguns aspectos devem ser observados.

De um lado, resta evidente que a previsão contida no Anexo I do edital não guarda identidade com o quanto estabelecido no § 1º do artigo 2º da Lei municipal nº 3.355/09¹⁷, pelo qual referido percentual aplicar-se-ia *“da taxa de administração do referido Cartão, distribuído em 1% (um por cento) no Fundo Municipal de Assistência Social e 1% (um por cento) no Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente”*.

Assim, o edital afasta-se daquela norma ao exceder, em muito, o quanto a ser compulsoriamente aplicado: de um lado a lei prevê um percentual sobre a taxa de administração e, de outro, o ato convocatório requer que o cálculo recaia sobre todo o montante a ser aplicado mensalmente, devendo, por isso, ser corrigido.

2.4 Inadequado, outrossim, o critério de adjudicação estabelecido, qual seja, o de menor taxa de administração a ser cobrada dos comerciantes cadastrados e sua limitação a 4,5%.

Por óbvio, a remuneração das empresas que gerenciam benefícios possui como uma das fontes principais de receita os percentuais administrativos cobrados dos estabelecimentos comerciais.

Ainda que seja compreensível a preocupação do Administrador em resguardar os comerciantes locais da cobrança de taxas abusivas pela empresa que irá administrar o “Cartão Servidor Cidadão”, a fixação de limite máximo constitui ingerência da Administração sobre negócio entre particulares, sem qualquer amparo legal.

¹⁷ Art. 2º O Cartão de Benefícios de que trata esta lei tem por objetivo incentivar o desenvolvimento da economia cubatense, gerar empregos, alavancar o desenvolvimento quantitativo e qualitativo do comércio e do serviço local, bem como proporcionar aos Servidores Públicos um benefício, e à população carente, o incremento da política assistencial.

§ 1º - Para garantir a finalidade assistencial do programa, deverá ser aplicado o montante fixo de 2% (dois por cento) da taxa de administração do referido Cartão, distribuído em 1% (um por cento) no Fundo Municipal de Assistência Social e 1% (um por cento) no Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



Além disso, a matéria não é inédita nesta Corte que, nos autos do TC-40780/026/10 e TC-1620/004/10, em sessão Plenária de 15-02-10, Relator Conselheiro ROBSON MARINHO, quando da análise de edital com idêntico objeto, já se posicionou pela inadequação daquele repasse por falta de amparo legal.

Sobre o assunto, destaco que este Plenário, nos autos do TC-40780/026/10 e TC-1620/004/10, em sessão de 15-02-10, quando da análise de edital com idêntico objeto, assim consignou:

“No entanto, analisando de forma mais acentuada, já que a dilação probatória e a suspensão do certame me permitiram esta reflexão no presente caso – entendo que tanto o repasse de 2% como também a limitação da taxa de administração, ainda que direcionadas à vencedora, merecem reparos, pelos seguintes motivos: a primeira, porque carece de amparo legal, e a segunda por ser questão atinente à relação entre a contratada e os credenciados, não me parecendo apropriado a interferência do órgão licitante neste vínculo, impondo limites naquela fixação.”

A propósito, relembro excerto do r. voto do Eminentíssimo Conselheiro Renato Martins Costa sobre o tema, acolhido pelo Plenário na sessão do dia 24/6/2009, nos autos do TC-858/006/09, como segue:

‘[...] De igual maneira, procede a reclamação contra estipulação de limite máximo da taxa de administração cobrada de terceiros, regra veiculada pelo item 8.1.b do instrumento, segundo a qual a proposta comercial deverá prever ‘(...) taxa de administração a ser cobrada de terceiros (fornecedores dos produtos alimentícios), que não poderá ser superior a 3,5% (três vírgula e meio por cento) (...)’.

Sem embargo da elogiável preocupação de se garantir as melhores condições de compra para os futuros beneficiários desta contratação – na medida em que se alega ser tal requisito responsável pelo credenciamento de fornecedores de grande porte – entendo que essa disposição realmente extrapola os limites da atividade de produção de regras da licitação, por interferir em relações jurídicas do direito privado, travadas entre a licitante vencedora e terceiros, cujo conteúdo obrigacional é estranho ao contrato administrativo e sofre naturalmente os influxos da livre concorrência, postulado da ordem econômica nacional (artigo 170, IV, da Constituição Federal”. (Grifei)



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



Nesse mesmo sentido é que, também, julgo indevida a adoção, como critério de julgamento, de taxa de administração cobrada do estabelecimento comercial credenciado à contratada.

2.5 No que se refere à rede credenciada, o caso em exame difere das situações usualmente enfrentadas por esta Corte, que tratam majoritariamente de vales refeição, alimentação ou combustível.

De forma a tornar efetivo o programa pretendido pela norma municipal, pretende-se a ampla adesão de comerciantes e prestadores de serviço para garantir, de um lado, o fomento da economia local e, de outro, a possibilidade dos aderentes – servidores ativos e inativos – fazerem uso do benefício nas mais variadas atividades e segmentos de mercado.

No entanto, não se pode perder de vista o assente entendimento deste Tribunal no sentido de que exigências atinentes a credenciamento de estabelecimentos, para dar atendimento ao interesse visado, além de se direcionarem somente à contratada, devem pautar-se na razoabilidade e na proporcionalidade, não se admitindo imposição de extensa rede de credenciados além da necessária para atender à demanda.

No caso destes autos, a Administração requer que a vencedora possua o seguinte rol de estabelecimentos credenciados:

“4) A empresa vencedora após sua homologação, será convocada a apresentar no prazo de 10 (dez) dias relação com ampla rede credenciada de estabelecimentos ativos e aptos a receberem os cartões dentro do município de Cubatão.

5) Na relação a ser apresentada, deverão constar como credenciados ativos os estabelecimentos e respectivos prestadores de serviços tais como: Minimercados, Supermercados, Bares, Lanchonetes, Restaurantes, Bazar, Magazine, Postos de Combustíveis, Farmácias e Drogarias, Agencia de Turismo, Escolas de Educação de Ensino de Treinamento, Comercio de Roupas em Geral, Loja de Moveis e Eletrodomésticos, Comercio de Materiais de Construção, Comercio de Auto Pecas, Serralheria, Comercio de Calçados em geral, Bombonier, Padarias e Confeitarias, Açougues e Casas de Frios, Cosméticos e Perfumaria, Papelaria e Livraria, Cirurgião Dentista/Clinica, Loja de Brinquedos, Pet Shop, Fotos e Ótica, Materiais Elétricos, Perfumarias e Cosméticos, Cabeleireiro, Buffet - Salão de Eventos, Distribuidora de Água, Avicultura, Estética e Beleza, Confecção de Peças de Roupas e



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



Vestuário, Doceria, Casa de Tintas, Banca de Jornal, Farmácia De Manipulação, Bolsas e Acessórios, Clínica Fisioterapia, Roupas e Acessórios, Comercio De Moveis, Cama Mesa E Banho, Agencia De Autos, Bijuterias e Acessórios, Livrarias e Papelarias, Materiais de Construção, Variedades, Academia, Comercio De Roupas Infantis, Pizzaria, Loja e Comércio de Equipamentos de Informática, Auto peças Motos, Bicletarias, óticas e relojarias, Oficina Mecânica, Assessorias em Geral, Salão De Beleza, Vidraçaria, Mecânica e Auto Elétrica, Consultório de Psicologia, Comércio de Materiais Esportivos, Empório, Nutrição, Equipamentos de Segurança, Comércio de Motos, Auto Escola, Clínica De Especialização, podólogo, Chaveiro, Laticínios e Embutidos, Avícolas, Casa de Ferragens, Cafeteria, Moda Intima, Comercio De Mídias, Fonoaudióloga, Armarinhos, Com. de Colchões, Decoração, Loja de Presentes, Loja De Conveniência, Produtos de Limpeza em Geral, Lava Rápido, Casa do Norte, Comunicação Visual”.(Grifei)

Primeiramente, deve-se reconhecer que o edital, ao relacionar os estabelecimentos acima descritos, o faz de maneira apenas exemplificativa, demonstrando a amplitude pretendida.

Também quer me parecer ser de interesse dos próprios comerciantes e prestadores de serviços locais filiarem-se, tendo em vista que o benefício injetará razoável quantidade de recursos na economia local.

Feitas estas observações, julgo que o interregno de 10 (dez) dias, após a homologação do resultado do certame, para que a vencedora apresente a *“relação com ampla rede credenciada de estabelecimentos ativos e aptos a receberem os cartões dentro do município de Cubatão”* não se mostra suficiente à consecução do feito, na amplitude almejada pela Administração.

Assim, deve o edital ser revisto a fim de ser concedido prazo razoável à contratada para que efetue o credenciamento exigido.

2.6 Igualmente merecem adequações as exigências de termo de compromisso dos *“estabelecimentos comerciais legalmente estabelecidos no Município, aptos com as instituições representativas”*¹⁸ e de

¹⁸ *“6) Os estabelecimentos comerciais legalmente estabelecidos no Município de Cubatão, devem estar aptos com as instituições representativas do comércio e de serviços deste município, dos quais deverão para tanto assinar termo de compromisso com estas instituições representativas do comércio e de serviços local, viabilizando assim a utilização do cartão pelos servidores públicos municipais no seu respectivo estabelecimento;”(grifei)*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



cadastro dos comerciantes indicados no rol que será fornecido pelas instituições representativas do comércio e serviços locais¹⁹, isto porque, ainda que não afronte a Súmula nº 15, a forma como previstas denota que os estabelecimentos interessados em se credenciarem ao Cartão Servidor Cidadão devam necessariamente ser filiados “às instituições representativas do comércio e serviços locais”, o que contraria o princípio da livre associação, consignado no artigo 5º, inciso XX, da Constituição Federal.

Destarte, tendo em vista a interpretação equivocada que o dispositivo citado pode ocasionar, julgo oportuno que a Administração consigne expressamente que “a adesão ao Cartão não obriga o interessado a tornar-se membro da Associação Comercial e Industrial de Cubatão”, conforme estabelecido no artigo 4º do Decreto municipal nº 9.465/2009, que regulamentou a matéria.

2.7 Merece, do mesmo modo, revisão o Anexo I, no que tange ao número de dígitos que a senha personalizada deve possuir, porquanto não se afigura relevante que essa informação seja predefinida pela Administração, cabendo à contratada estabelecer a quantidade de dígitos que corresponda à tecnologia de seu cartão.

2.8 Quanto ao valor estimado para a contratação, avalio que, de fato, deve ser considerado o montante global envolvido, de maneira a demonstrar o vulto do recurso posto em circulação e sobre o qual incidirá o lucro das empresas, sob a forma de taxa de administração.

De acordo com as justificativas apresentadas, o valor previsto no edital teria registrado uma margem razoável para suprir a demanda, caso viessem a ser contratados novos servidores, além de eventual aumento no benefício.

Todavia, o montante projetado no item 8.4.4.2 (R\$ 45.000.000,00), não se harmoniza aos dispositivos do Anexo I que preveem repasses de R\$ 500,00²⁰, a aproximadamente 6.500 servidores, em 12 (doze) parcelas mensais, o que perfaz R\$ 39.000.000,00.

¹⁹ “6.2 - A CONTRATADA deverá providenciar o cadastramento dos comerciantes legalmente estabelecidos no Município de Cubatão, cujo rol será fornecido pelas instituições representativas do comércio e de serviços local, e interessados em aderir ao programa denominado CARTÃO SERVIDOR CIDADÃO, identificando os respectivos estabelecimentos com adesivo ilustrativo de sua responsabilidade cujo modelo será disponibilizado pela CONTRATANTE.”

²⁰ Anexo I



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



Tal fato torna-se relevante na medida em que o edital impõe (item 8.4.4.1) a comprovação de capital social ou patrimônio líquido equivalente a, no mínimo, 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, o que, na verdade, deveria corresponder a R\$ 3.900.000,00.

Desta forma, deve o montante estimado ser adequado às demais prescrições do edital.

2.9 Concernente à questão afeta à origem dos recursos para custear o benefício concedido, a Administração limitou-se a reafirmar o que já consta do edital, que o objeto *“onerará os recursos das DOTAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS próprias”* (Item 18.1), deixando de divulgar na minuta do contrato, como preceitua o artigo 55, inciso V, da Lei federal nº 8.666/93, *“o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica”*.

No caso específico destes autos, que trata de benefício que configura remuneração indireta do servidor, impactando na folha de pagamento, oportuno que estes autos sejam encaminhados à unidade de fiscalização competente, para que observe as despesas decorrentes e seus possíveis reflexos nos limites de gastos com pessoal, estabelecidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

2.10 Deve, ainda, ser corrigido o item 8.7.1, que fixou o prazo de 02 (dois) dias úteis para o saneamento dos documentos de regularidade fiscal das microempresas ou empresas de pequeno porte, pois em descompasso com a Lei Complementar nº 123/06, alterada pela Lei Complementar nº 147 de 07-08-2014, pela qual deve ser concedido interregno de cinco dias úteis para esse mister.

2.11 Posto isto, circunscrito estritamente às questões analisadas, considero **parcialmente procedentes** as impugnações, determinando que a Administração, querendo dar seguimento ao certame, adote as medidas corretivas pertinentes para dar cumprimento à lei, especialmente para:

a) Excluir a exigência de repasse, pela contratada, ao Fundo de Assistência Social do Município, de 2% sobre o montante a ela transferido;



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



- b) Abolir o limite fixado para a taxa de administração a ser cobrada dos estabelecimentos credenciados;
- c) Rever o critério de julgamento adotado;
- d) Conceder prazo razoável à vencedora do certame para que efetue o credenciamento mínimo exigido;
- e) Readequar as exigências de termo de compromisso dos estabelecimentos comerciais e de cadastramento dos comerciantes nas instituições representativas de comércio;
- f) Eliminar a prévia fixação de número de dígitos que deve conter a senha pessoal;
- g) Adequar o valor estimado da contratação às demais especificações do edital;
- h) Consignar o crédito pelo qual correrá a despesa decorrente; e
- i) Ajustar o prazo para saneamento dos documentos de regularidade fiscal das microempresas ou empresas de pequeno porte à Lei Complementar nº 123/06, alterada pela Lei Complementar nº 147/14.

Deve também promover cuidadosa e ampla revisão de todos os demais itens do ato convocatório relacionados.

A Administração deve atentar, depois, para a devida republicação do edital, nos termos reclamados pelo artigo 21, § 4º, da Lei 8.666/93.

Transitada em julgado a decisão, arquivem-se os autos eletronicamente.

Sala das Sessões, 29 de abril de 2015.

SIDNEY ESTANISLAU BERALDO
CONSELHEIRO