

ACÓRDÃO Nº 005826/2024-PLEN

1 PROCESSO: 235851-6/2023

2 NATUREZA: REPRESENTAÇÃO

3 INTERESSADO: JAS SERVICOS DE APOIO LTDA.

4 UNIDADE: PREFEITURA MUNICIPAL DE MARICÁ

5 RELATORA: ANDREA SIQUEIRA MARTINS

6 REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO: HENRIQUE CUNHA DE LIMA

7 ÓRGÃO DECISÓRIO: PLENÁRIO

8 ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **REPRESENTAÇÃO**, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, em sessão do **PLENÁRIO**, por unanimidade, por **PROCEDÊNCIA PARCIAL** com **COMUNICAÇÃO** e **ARQUIVAMENTO**, nos exatos termos do voto da Relatora.

9 ATA Nº: 5

10 QUÓRUM:

Conselheiros presentes: Rodrigo Melo do Nascimento, José Maurício de Lima Nolasco, Marianna Montebello Willemann, Domingos Inácio Brazão e Marcio Henrique Cruz Pacheco

Conselheiros-Substitutos presentes: Andrea Siqueira Martins e Marcelo Verдини Maia

11 DATA DA SESSÃO: 28 de Fevereiro de 2024

Andrea Siqueira Martins

Relatora

Rodrigo Melo do Nascimento

Presidente

Fui presente,

Henrique Cunha de Lima

Procurador-Geral de Contas

VOTO GCS-2

PROCESSO: TCE-RJ Nº 235.851-6/23

ORIGEM: PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE MARICÁ

ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO

REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE TUTELA. PREGÃO PRESENCIAL. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. ALIMENTAÇÃO ESCOLAR. RETORNO DE COMUNICAÇÃO PARA MANIFESTAÇÃO EXAURIENTE DO JURISDICIONADO. FIXAÇÃO DE PISO SALARIAL MÍNIMO. NÃO ATENDIMENTO AOS REQUISITOS PREVISTOS NA JURISPRUDÊNCIA. PREVISÃO DE PROFISSIONAL COMO CUSTO INDIRETO JUSTIFICADA. CUMULAÇÃO DE REQUISITOS DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA FUNDAMENTADA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO DO EDITAL. DETERMINAÇÕES. CIÊNCIA AO CONTROLE INTERNO E À REPRESENTANTE. ARQUIVAMENTO.

Trata-se de **Representação, com pedido de medida cautelar**, formulada pela empresa JAS Serviços de Apoio Ltda., devidamente qualificada nos autos, em face de possíveis impropriedades atinentes ao **Pregão Presencial nº 19/2023**, deflagrado pela Prefeitura do Município de Maricá, cujo objeto é o registro de preços para a terceirização, através de contratação de empresa especializada, de prestação do serviço contínuo de gestão de mão de obra de copeiro, copeiro lácteo e auxiliar de almoxarifado, no valor estimado de **R\$ 34.435.014,24**. O certame se encontra suspenso *sine die* por decisão da própria municipalidade.

Em breve síntese, alega a Representante:

- 1) Ilegalidade na fixação de piso salarial mínimo diretamente ligado à

convenção coletiva formalizada pelos Sindicatos SEAC-RJ¹ e SINTACLUNS², uma vez que, além de vincular todos os licitantes à convenção escolhida pela Administração Pública, a mão de obra perquirida é de baixa complexidade, não demandando qualificação que justifique o estabelecimento de piso salarial;

2) Inconsistência da estimativa do preço da licitação, uma vez que não constam do orçamento os custos referentes ao cargo de nutricionista, embora o edital, em diversos itens³, cite responsabilidades e tarefas a serem desenvolvidas por este profissional; e

3) Irregularidade na cumulação dos requisitos de qualificação econômico-financeira previstos no edital, podendo resultar em restrição à competitividade.

Por tais motivos, **requer liminarmente a suspensão do certame** e, no mérito, que seja determinada a correção do instrumento convocatório.

Na última apreciação do feito, ocorrida na sessão plenária de 11.12.2023, além de não ter sido dado provimento a agravo interposto pela ora Representante em face da decisão monocrática de 23.06.2023 - que determinara a realização de oitiva antes da análise da tutela requerida -, foi constatada a necessidade de elucidações adicionais, nos seguintes termos:

VOTO:

I. Pelo CONHECIMENTO da presente representação, tendo em vista o atendimento a todos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 109 da Deliberação TCE-RJ nº 338/2023, que estabelece o novo Regimento Interno deste Tribunal:

II. Pela RECEPÇÃO do Documento TCE-RJ nº 013.978-6/23 como recurso de agravo;

III. Pelo CONHECIMENTO do recurso de agravo interposto pela empresa

¹ Sindicato das Empresas de Asseio e Construção do Estado do Rio de Janeiro.

² Sindicato dos trabalhadores em asseio, conservação, instalação de elevadores, casa de diversão, empresa de compra, venda, locação e administração de imóveis, barbearia, instituto de beleza e cabelereiros e limpeza urbana de Niterói e outros.

³ Itens 2.6; 2.9.1; 2.8.1.b; 2.8.1.p.

JAS Serviços de Apoio Ltda., protocolizado sob o Documento TCE-RJ nº 013.978- 6/2023, por estarem presentes seus requisitos de admissibilidade;

IV. No mérito, pelo NÃO PROVIMENTO do recurso, mantendo-se a decisão monocrática de 23/06/2023;

V. Pelo SOBRESTAMENTO da análise da medida cautelar pleiteada;

VI. Pela COMUNICAÇÃO ao Prefeito Municipal de Maricá, nos termos do art. 15, I da Deliberação TCE-RJ nº 338/2023, para que, no prazo de 15 dias, se manifeste de forma exauriente sobre todas as irregularidades apontadas na representação;

VII. Pela DETERMINAÇÃO à SECRETARIA-GERAL DE CONTROLE EXTERNO deste Tribunal para que, através da Coordenadoria competente, empreenda a análise desta Representação, ouvido posteriormente o douto Ministério Público Especial.

Em atendimento, o jurisdicionado apresentou os elementos materializados no documento TCE-RJ nº 1.795-8/24, submetido à análise do Corpo Instrutivo, o qual **concluiu pela procedência parcial da Representação, recomendando a retificação do edital**, consoante proposta de encaminhamento datada de 07.02.2024:

Ex positis, sugere-se o implemento das seguintes medidas:

I – A **PROCEDÊNCIA PARCIAL** desta representação em razão da irregularidade identificada no item 13 do termo de referência do Edital de Pregão Presencial nº 19/2023, consistente na exigência de observação, no momento da elaboração das propostas pelos licitantes, do piso salarial estabelecido na Convenção Coletiva registrada no Ministério do Trabalho e Emprego sob o nº 000597/2022, firmada pelo Sindicato das Empresas de Asseio e Construção do Estado do Rio de Janeiro (SEAC-RJ) e pelo Sindicato dos Trabalhadores em Asseio, Conservação, Instalação de Elevadores, Casa de Diversão, Empresa de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis, Barbearia, Instituto de Beleza e Cabelereiros e Limpeza Urbana de Niterói e Outros (SINTACLUNS);

II – A **COMUNICAÇÃO** ao atual Prefeito de Maricá, nos termos do art. 15, inciso I, do RITCERJ, para que adote as seguintes medidas:

- a) Retifique o Edital de Pregão Presencial nº 19/2023, de modo a excluir a exigência de apresentação de propostas com o patamar salarial mínimo indicado na Convenção Coletiva nº 000597/2022, constante no item 13 do termo de referência;
- b) Mantenha o certame suspenso até a publicação da retificação, sob pena de multa diária em valor a ser fixado pelo Plenário desta Corte;

III – A **COMUNICAÇÃO** à sociedade empresária representante e ao seu patrono, nos termos do art. 110 do Regimento Interno desta Corte, para que tomem ciência desta decisão.

O Ministério Público de Contas, representado por seu Procurador-Geral, Dr. Henrique Cunha de Lima, manifestou-se de acordo com a instrução técnica.

É o Relatório.

1. Análise das irregularidades

O Prefeito de Maricá, através do documento TCE-RJ nº 1.795-8/24, encaminhou os esclarecimentos prestados pela Secretaria Municipal de Educação no que concerne às irregularidades que deram ensejo à presente Representação, os quais foram devidamente apreciados pelo Corpo Instrutivo.

Levando em conta que a empresa ora Representante também impugnou administrativamente o instrumento convocatório em exame, a municipalidade ainda argumentou que este feito envolveria interesse exclusivamente privado, cujo objetivo seria reverter decisão administrativa desfavorável. Neste espectro, vale lembrar que, na decisão plenária de 11.12.2023, já restou consignado que **as questões suscitadas transcendem o interesse privado, tendo sido averiguados indícios de vícios que importam prejuízo à regularidade do certame. Cabível, portanto, proceder à análise pormenorizada do mérito.**

a) Ilegalidade na fixação de piso salarial mínimo

O item 13 do termo de referência que compõe o Edital de Pregão Presencial nº 19/2023 prevê o que se segue:

Os valores dos salários ofertados pelas empresas licitantes **não poderão ser inferiores** aos estabelecidos pela convenção coletiva formalizada pelo Sindicato das Empresas de Asseio e Construção do Estado do Rio de Janeiro (SEAC-RJ) e pelo Sindicato dos trabalhadores em asseio, conservação, instalação de elevadores, casa de diversão, empresa de compra, venda, locação e administração de imóveis, barbearia, instituto de beleza e cabelereiros e limpeza urbana de Niterói e outros (SINTACLUNS), homologada pelo Ministério do Trabalho e Empresa (MTE), registro n. 000597/2022.

Grifo acrescentado

Segundo a Representante, a fixação de tal limite mínimo direciona a escolha do sindicato que regerá a categoria contratada, além de violar o art. 40, inciso X, da Lei Federal nº 8.666/1993⁴, que veda a fixação de preços mínimos nos editais de licitação, e afrontar a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, a qual impõe, para o estabelecimento de um piso salarial, requisitos que não se amoldam à almejada prestação de serviços de baixa complexidade, quais sejam:

i) justificativa técnica de que os serviços demandam, por suas características e particularidades, **a execução por profissional com nível de qualificação acima da média**; e

(ii) realização de pesquisa de preços demonstrando a compatibilidade com os valores de mercado para contratações similares, ou seja, comprovação de que no mercado existe tal distinção salarial em função da qualificação do trabalhador.

Grifo acrescentado

Ademais, a empresa assevera que, ainda que não existisse a vedação jurisprudencial exposta, a Administração municipal deveria ter optado por outra entidade sindical mais condizente com as categorias pretendidas, como o SINDIREFEIÇÕES.

Quanto ao tema, os argumentos do jurisdicionado foram devidamente sintetizados pela instância técnica:

Em relação à fixação do piso salarial mínimo, o respondente afirma que a representante induz esta Corte de Contas a erro ao indicar a vinculação às entidades sindicais, pois, ainda que o orçamento estimado tenha considerado os valores estabelecidos na convenção coletiva firmada pelos sindicatos dos empregadores (SEAC-RJ) e das categorias profissionais envolvidas na contratação (SINTACLUNS), **a estipulação de valores se refere somente aos salários, não alcançando outros aspectos da prestação de serviços.**

⁴ Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: (...)

X - critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, conforme o caso, vedada a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência;

Sustenta, de maneira aparentemente contraditória, não haver qualquer determinação de vinculação à convenção coletiva utilizada para a composição dos custos, assim como não existir ilegalidade na fixação dos salários, uma vez que **o preço do serviço não se resume à remuneração dos funcionários.**

Aduz que foi realizada, de maneira oportuna, a alteração da redação do item 13 do termo de referência, relativo à apresentação das propostas, dispondo que **as empresas licitantes deverão observar o salário paradigma posto na convenção coletiva 2022-2023 formalizada entre os sindicatos citados acima.** Nesse ponto, o secretário pontua ter se respaldado em farta jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU).

Reitera que **a contratação se dará por postos de trabalho**, com fundamento na Instrução Normativa nº 05/17, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (IN nº 05/17), sendo autorizada a indicação de salário paradigma de acordo com o Acórdão nº 290/2006, do TCU, exatamente por haver outros custos diretos e indiretos, bem como a margem de lucro do licitante, na composição do preço.

Ademais, menciona que o TCU, no aludido acórdão, dispôs que **o pagamento de salários inferiores aos convencionados coletivamente afetaria a qualidade da prestação dos serviços**, o que contraria o interesse público.

No entanto, o secretário apregoa a necessidade de o administrador justificar os preços propostos, demonstrando a sua compatibilidade com a especificidade dos serviços e dos profissionais que irão executá-lo. Assim, aponta que o orçamento estimativo contemplou as pesquisas de preços praticados pelos fornecedores do ramo.

Sobre esse tópico, anuncia, por fim, que **a fixação do salário não prejudica a competitividade do certame, visto que todas as empresas partiriam do mesmo patamar para apresentarem suas propostas, que se diferenciariam nos demais custos incorridos e na margem de lucro a ser aceita.** Na sequência, colaciona diversos julgados do TCU a respeito do assunto.

Grifos acrescentados

Como observado pelo Corpo Instrutivo, diversos julgados apresentados pelo Secretário Municipal de Educação corroboram o entendimento colacionado pela Representante, isto é, de que o TCU⁵ admite apenas excepcionalmente a indicação de

⁵ *E.g.* Acórdão 2.799/2017-Primeira Câmara: 11. No tocante à ocorrência 1, **a jurisprudência do TCU é no sentido de que a regra é a vedação de fixação de piso salarial mínimo para as contratações de serviços. Entretanto, existem vários precedentes que admitem a flexibilização de tal regra em situações específicas** (p.ex., Acórdãos 256/2005, 290/2006, 1.327/2006, 332/2010, 1.584/2010 e 189/2011, todos do Plenário).

12. No presente caso, os gestores alegam que o piso salarial mínimo superior à convenção teria sido fixado com vistas a garantir o desenvolvimento de serviços com a qualidade necessária e que teria levado em conta a contratação anterior. A reitora, Márcia Perales Mendes Silva, inclusive reafirma que "o ato

piso salarial mínimo. No mesmo sentido, ainda, é o art. 5º, inciso VI, da Instrução Normativa nº 005/2017⁶, igualmente suscitada na resposta do gestor:

Art. 5º - É **vedado** à Administração ou aos seus servidores praticar atos de ingerência na administração da contratada, a exemplo de:

(...)

VI - definir o valor da remuneração dos trabalhadores da empresa contratada para prestar os serviços, **salvo nos casos específicos em que se necessitam de profissionais com habilitação/experiência superior a daqueles que, no mercado, são remunerados pelo piso salarial da categoria, desde que justificadamente;**

Grifo acrescentado

Destarte, a estipulação de valor mínimo de remuneração é **possível quando for demonstrada a pertinência de fixação de montante superior ao piso salarial da categoria, diante da necessidade de profissionais com habilidade/experiência superior para a execução contratual.**

Nesse aspecto, a instância técnica observou que **“os serviços licitados não demandam nenhuma habilitação superior dos empregados”**, uma vez que **abarcam atividades rotineiras e de baixa complexidade**, consoante o previsto no item 2.2 do termo de referência:

a) Cozinha

Preparar refeições (desjejum, lanches, almoço, jantar e outros) a serem oferecidos aos alunos matriculados na rede municipal de ensino, atendendo-se às exigências estabelecidas pela:

1. Resolução FNDE n. 26, de 17 de junho de 2013, que dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar aos alunos da educação básica no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE nos estabelecimentos educacionais, seguindo cardápios elaborados pela Coordenação de Nutrição e Alimentação Escolar

praticado foi INTENCIONAL realizado com CONVICÇÃO da legalidade” e com suposto respaldo em decisões do TCU.

13. Contudo, conforme exposto pela Secex-AM, deixou-se de demonstrar a superioridade da mão-de-obra contratada, bem como as especificidades da Ufam que justificassem a alegada maior qualificação dos terceirizados contratados para o desempenho de atividades rotineiras: atendimento ao público, expedição de documentos, tramitação de papeis, telefonista, entre outras.

⁶ Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

da Secretaria de Educação;

2. Todas as normas de higiene propostas pela Resolução da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA - RDC n. 216, de 15 de setembro de 2004;

3. Portaria CVS n. 06/99 do Centro de Vigilância Sanitária da Secretaria de Estado de Saúde;

4. Portaria ANVISA n. 1.428/MS; e

5. Realizar limpeza e organização da cozinha, estoque de gêneros alimentícios, bem como dos utensílios utilizados para o preparo.

b) Copeira de lactário

Prepara refeições dos bebês, de acordo com as prescrições pediátricas e/ou nutricionais, cuida de correta nutrição, armazena leites e papas, distribui e recolhe mamadeiras, higieniza mamadeiras e chupetas, controla o estoque de comida para bebês.

c) Copeira

O copeiro prepara alimentos e arruma bandejas e mesas. Atende o público interno, servindo e distribuindo alimentos e bebidas. Recolhe utensílios e equipamentos utilizados, promovendo a limpeza, higienização e conservação da copa e da cozinha.

d) Auxiliar de almoxarife

Recebem, conferem e armazenam produtos e materiais em almoxarifados e depósitos. Fazem os lançamentos da movimentação de entradas e saídas e controlam os estoques e organizam o almoxarifado para facilitar a movimentação dos itens armazenados e a armazenar.

A imposição de valor mínimo de remuneração no bojo do Pregão Presencial nº 19/2023, portanto, nos termos previstos no termo de referência, não se enquadra à jurisprudência e à legislação suscitada pelo próprio jurisdicionado. Da mesma maneira, ao apreciar as análises dos pedidos de esclarecimentos e de impugnações submetidos no âmbito do respectivo processo administrativo, bem como o pronunciamento elaborado em atendimento à decisão prolatada em 11.12.2023, observo a municipalidade **não logrou êxito em demonstrar que os serviços ora licitados demandam a contratação de profissional com qualificação acima da média.**

Compulsando as informações disponíveis no sítio eletrônico da Prefeitura de Maricá relacionadas ao certame em apreço⁷, verifico, inclusive, que o próprio parecer da PGM relacionado à impugnação interposta pela ora Representante, além de também

⁷V. <http://ecidadeonline.marica.rj.gov.br/e-cidade_transparencia_inte/cms/menus/getContent/27>. Acesso em: 27.02.2024.

reproduzir o citado dispositivo da IN nº 05/2017, ressalta que **a estipulação de salário base mínimo depende da comprovação de preenchimento dos requisitos impostos pela Corte Nacional de Contas, impondo-se a apresentação de fundamentação “vinculada às condições concretas de mercado”, sendo “a regra a impossibilidade de fixação de salários mínimos superiores ao piso da categoria”.**

A Secretária de Educação, por sua vez, indeferiu a impugnação neste ponto sob os fundamentos de que o parâmetro definido viabiliza a escolha da melhor proposta e a satisfação do interesse público e de que o pagamento de salários inferiores aos convencionados afetaria a prestação e a qualidade dos serviços almejados, sem apresentar qualquer elemento de suporte.

O tema em questão também foi objeto de pedido de esclarecimento⁸, no qual restou assentada a possibilidade, prevista no item 11.2.3.2.2 do edital⁹, de utilização de outras convenções, acordos coletivos ou sentenças normativas que regem as categorias profissionais que executarão os serviços licitados, respeitado o princípio da territorialidade. Além disso, também em sede de esclarecimentos¹⁰ e em errata¹¹, foi registrado que o valor salarial mínimo deve ser o utilizado para o cálculo na planilha de formação de preços, isto é, que não serão admitidos valores inferiores à convenção coletiva utilizada como parâmetro para elaboração da planilha orçamentária, conforme o item 13 do termo de referência.

Quanto ao tópico, o Corpo Instrutivo destacou que, após a reforma trabalhista, o art. 620 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)¹² de fato passou a prever que **as**

⁸V. <<https://www.marica.rj.gov.br/wp-content/uploads/2023/04/Esclarecimentos-PP-19-2023.pdf>>. Acesso em: 27.02.2024.

⁹ 11.2.3.2.2 - O(s) sindicato(s) indicado(s) nos subitens acima não são de utilização obrigatória pelos licitantes (Acórdão TCU nº 369/2012), mas sempre se exigirá o cumprimento das convenções coletivas adotadas por cada licitante/contratante.

¹⁰V. <<https://www.marica.rj.gov.br/wp-content/uploads/2023/05/Esclarecimentos-PP-19-2023-Pos-remarcacao.pdf>> e <<https://www.marica.rj.gov.br/wp-content/uploads/2023/06/Esclarecimentos-PP-19-2023-Pos-remarcacao-3.pdf>>. Acesso em: 27.02.2024.

¹¹V. <<https://www.marica.rj.gov.br/wp-content/uploads/2023/05/Errata-PP-19-2023.pdf>>. Acesso em: 27.02.2024.

¹² Art. 620. As condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho.

condições estabelecidas em acordos coletivos de trabalho prevalecem sobre as estipuladas em convenções coletivas de trabalho. O patamar remuneratório mínimo imposto pela Prefeitura, dessa forma, teria o condão de obrigar indevidamente as empresas que tiverem pactuado acordos coletivos a observar piso salarial diverso.

Por fim, não é demais deixar consignado que o diligente Corpo Instrutivo ainda constatou que **a opção pelo SINDIREFEIÇÕES, defendida pela Representante, em detrimento dos sindicatos indicados no edital não seria pertinente**, pelos seguintes motivos:

A representante se insurge ainda quanto à **indicação de convenção coletiva firmada por sindicatos da área de asseio e conservação, apontando que o mais coerente seria a opção pelo SINDIREFEIÇÕES, o qual representa trabalhadores do segmento de refeições coletivas.**

Não obstante, entende-se que o **argumento não merece prosperar**. Inicialmente, é válido ressaltar que o Brasil adota a regra da unicidade sindical, segundo a qual **apenas um ente sindical representa determinada categoria em certo espaço territorial**. Conforme art. 8º, inciso II, da Constituição da República (CRFB/88), a base territorial do sindicato não pode ser inferior à área de um município, sendo esse o único parâmetro legal existente no ordenamento nacional sobre o tema.

Analisando a Convenção Coletiva RJ000597/2022¹³, firmada pelo SEAC-RJ e pelo SINTACLUNS e mencionada expressamente no item 13 do termo de referência do edital, **percebe-se que ela abrange as carreiras de cozinheira, auxiliar de almoxarife e copeira, além de incluir o município de Maricá na sua área de aplicação.**

Noutro giro, a Convenção Coletiva RJ000544/2022¹⁴, pactuada pelo SINDIREFEIÇÕES, abrange apenas a cidade do Rio de Janeiro. Sendo assim, **seus parâmetros não atingem os profissionais que laboram no município de Maricá.**

Grifos acrescentados

Sendo assim, **a presente Representação é parcialmente procedente neste espectro, impondo-se que a limitação mínima prevista no item 13 do instrumento convocatório seja excluída.**

¹³https://www.uff.br/sites/default/files/licitacoes/10._anexo_x_-_cct_000597.2022.pdf

¹⁴ <https://sindrio.com.br/wp-content/uploads/2022/05/Convencao-Coletiva-Sindirefeicoes.pdf>

b. Não inclusão dos custos relativos ao cargo de nutricionista na estimativa de preço

A Representante também alega que estimativa de preços do pregão é inconsistente, uma vez que não leva em consideração o cargo de nutricionista nos custos previstos.

O jurisdicionado, por sua vez, nos mesmos termos da decisão administrativa que indeferiu a impugnação da empresa JAS, afirma que compete ao referido profissional apenas o acompanhamento dos serviços, não constituindo custo adicional a ser repartido com a Administração, por estar vinculado à prestação dos serviços licitados.

Em consonância com o mencionado parecer da PGM, o qual apontou a necessidade de apresentação de razões de cunho técnico e normatizações que embasassem a não inserção no custo do serviço do cargo de nutricionista, foi elucidado que a manutenção de nutricionista pela contratada seria imposta pelo art. 2º, I, c/c art. 3º, todos da Resolução nº 600/18 do Conselho Federal de Nutricionistas (CFN). Neste sentido, o Secretário de Educação esclareceu que, no âmbito do Programa de Alimentação Escolar, o art. 12 da Resolução CFN nº 465/10, que obriga a observância das normas baixadas pelo CFN para a área de alimentação coletiva.

Com efeito, o termo de referência prevê apenas a contratação das funções de cozinheira, copeira, copeira de lactário e auxiliar de almoxarife, a despeito de se referir em diversos trechos ao profissional de nutrição:

2.9. DA SUPERVISÃO E FISCALIZAÇÃO

A contratada deverá inspecionar e coordenar através de equipe técnica formada por nutricionistas, todos os serviços realizados pelos seus funcionários com **visitas obrigatórias, sendo, no mínimo, 2 (duas) semanais, às unidades de alimentação e nutrição atendidas.**

2.9.1. Da função e atribuições básicas dos nutricionistas da contratada

De acordo com o art. 12, da Resolução CFN n. 465, de 23 de agosto de 2010, que dispõe sobre as atribuições do nutricionista, no âmbito do Programa de Alimentação Escolar (PAE), quando a produção de alimentos for terceirizada, a empresa prestadora dos serviços

deverá observar as normas emitidas pelo CFN para área de alimentação coletiva.

Art. 12. Quando a produção de refeições destinadas ao atendimento da clientela atendida pelo PAE for terceirizada, a empresa prestadora de serviços deverá obedecer às normas específicas baixadas pelo CFN para a área de alimentação coletiva (concessionárias), **devendo a Entidade Executora manter o nutricionista responsável técnico (RT) e demais nutricionistas, que, além das atribuições previstas nesta Resolução, supervisionarão as atividades desenvolvidas pela empresa.**

Nesse sentido, de acordo com o disposto pelo art. 2º, I c/c art. 3º, todos da Resolução CFN n. 600, de 25 de fevereiro de 2018, deve a futura contratada observar a necessidade de manutenção de nutricionista, com vistas ao controle e aferição da regularidade dos serviços prestados, por enquadrar-se dentro do escopo de incidência da norma.

Assim, compete à nutricionista da contratada:

- a) Requisitar à contratada a imediata reposição ou substituição da cozinheira, quando da sua ausência, a fim de evitar qualquer prejuízo aos trabalhos junto à contratante;
- b) Observar e orientar os manipuladores de alimentos para o cumprimento das boas práticas ambientais e de manipulação de alimentos, de acordo com a preparação e porcionamento dos alimentos determinado pela Coordenação de Nutrição e Alimentação Escolar;
- c) Controlar o uso de uniformes e equipamentos de proteção individual;
- d) Coordenar e controlar as atividades relacionadas aos serviços de produção e distribuição de refeições desenvolvidas nas cozinhas das unidades escolares, assegurando o bom funcionamento e a normalidade destes serviços;
- e) Coordenar e controlar as atividades relacionadas aos serviços de produção e distribuição de refeições desenvolvidas nas cozinhas das unidades escolares, assegurando o bom funcionamento e a normalidade destes serviços;
- f) Coordenar as atividades de produção (pré-preparo, preparo e distribuição), bem como o atendimento aos usuários e a padronização das preparações;
- g) Coordenar e orientar o acondicionamento dos alimentos de acordo com as normas técnicas vigentes e aplicáveis ao caso;
- h) Coordenar a limpeza e higienização da cozinha, estabelecendo uma periodicidade;
- i) Coordenar e zelar pela higiene e segurança dos manipuladores de alimentos, tomando as providências necessárias para que o ambiente de trabalho seja seguro e higiênico;
- j) Elaborar relatórios técnicos semanais e enviá-los semanalmente via email à Coordenação de Nutrição e Alimentação Escolar e se reportar à direção da unidade escolar sempre que estiver atuando em suas visitas;
- k) Comunicar à Coordenação de Alimentação e Nutrição Escolar

caso houver mercadorias que não estiverem em boas condições de consumo e/ou vencidas;

I) Realizar visitas diárias nas unidades escolares, sendo pelo menos 2 vezes por semana em cada unidade escolar, para a supervisão e fiscalização da execução correta dos cardápios, assim como das condições higiênico-sanitárias das cozinhas nessas unidades;

Grifos acrescentados

Com fulcro no disposto no transcrito item 2.9.1, a instância técnica concluiu que, ainda que inexistia referência expressa, **a manutenção de nutricionista foi tratada como custo indireto do contrato, tendo-se em vista que o profissional deve compor o quadro de pessoal da contratada**. Neste diapasão, reproduziu o conceito de custos indiretos definido na IN nº 005/2017:

VI - CUSTOS INDIRETOS: os custos envolvidos na execução contratual decorrentes dos gastos da contratada com sua estrutura administrativa, organizacional e gerenciamento de seus contratos, calculados mediante incidência de um percentual sobre o somatório do efetivamente executado pela empresa, a exemplo da remuneração, benefícios mensais e diários, insumos diversos, encargos sociais e trabalhistas, tais como os dispêndios relativos a:

- a) funcionamento e manutenção da sede, aluguel, água, luz, telefone, Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU), dentre outros;
- b) pessoal administrativo;
- c) material e equipamentos de escritório;
- d) preposto; e
- e) seguros.

Grifos da instância técnica

Concomitantemente, o Corpo Instrutivo observou que, **embora tenham sido atribuídas diversas funções aos nutricionistas, as quais demandam que a estrutura da futura contratada possua um quantitativo razoável de profissionais da categoria, as suas atividades não se enquadram, ao contrário dos demais profissionais demandados no edital, ao conceito de dedicação exclusiva de mão de obra**, também definido naquela instrução normativa:

Art. 17. Os serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra são aqueles em que o modelo de execução contratual exija, dentre outros

requisitos, que:

I - os empregados da contratada fiquem à disposição nas dependências da contratante para a prestação dos serviços;

II - a contratada não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos; e

III - a contratada possibilite a fiscalização pela contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos.

Parágrafo único. Os serviços de que trata o caput poderão ser prestados fora das dependências do órgão ou entidade, desde que não seja nas dependências da contratada e presentes os requisitos dos incisos II e III.

De fato, as funções enumeradas no item 2.9.1 do termo de referência envolvem essencialmente a fiscalização da execução do objeto contratado. Os nutricionistas não estão sujeitos a uma carga horária específica e tampouco devem ficar à disposição das unidades escolares, cabendo a eles comparecer em cada uma apenas duas vezes por semana. Sendo assim, como apontado pela instância técnica, **nada impede que a contratada os utilize para a execução simultânea de outros contratos, restando não atendido o inciso II do art. 17.**

O Corpo Instrutivo, desse modo, **entende adequada a manutenção do encargo com nutricionistas como custo indireto do contrato, a ser preenchido no módulo 6 da planilha de proposta (Anexo B.1 do edital), sendo improcedente este ponto da exordial, entendimento ao qual me filio.**

c. Cumulação dos requisitos de qualificação econômico-financeira

O Edital de Pregão Presencial nº 19/2023, além de demandar, para a comprovação de capacidade econômico-financeira (item 12.B do edital), índice de liquidez geral, solvência geral e liquidez corrente, iguais ou superiores, bem como certidão negativa de recuperação judicial ou falência, ainda prevê as seguintes exigências:

B.5) Comprovação de Capital Circulante Líquido ou Capital de Giro (Ativo Circulante - Passivo Circulante) de, no mínimo, 16,66% (dezesesseis inteiros

e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado da contratação, tendo por base o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis do último exercício social.

B.6) Comprovação de patrimônio líquido igual ou superior a 10% do valor estimado para a contratação.

A Representante assevera que a cumulação de tais requisitos de qualificação econômico-financeira tem o condão de restringir indevidamente a competitividade do certame, além de ser vedada pela Súmula nº 275/TCU:

Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração pode exigir das licitantes, de forma não cumulativa, capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços.

Tal questão, nota-se, não foi objeto de impugnação administrativa. De toda sorte, no presente feito, a Prefeitura defende a manutenção daqueles itens de qualificação com base no vulto da contratação, a qual não permitiria a adoção de critérios simplistas para a demonstração da saúde financeira da contratada. Neste sentido, ressaltou que **o valor estimado da contratação é de R\$ 34.435.014,24, pelo prazo de 12 meses, e, por se tratar de prestação de serviço contínuo, com duração de até 5 anos, poderá chegar ao valor de R\$ 172.175.071,20.**

No que se refere ao tema, como bem alertado pelo Corpo Instrutivo, **esta Corte, no bojo do processo TCE-RJ nº 219.253-0/22¹⁵, já concluiu pela possibilidade de flexibilização da aplicação da súmula transcrita, desde que justificada e que o vulto da contratação indique a presença de alta materialidade na licitação e os serviços almejados gozem de essencialidade, afigurando-se elevada relevância social.**

Da mesma maneira, a própria Corte de Contas Nacional¹⁶, em processo relacionado à implementação de melhorias nos procedimentos de licitação e de

¹⁵ Decisão de 19.10.2022.

¹⁶ Acórdão nº 1214/2013- Plenário.

execução de contratos para a prestação de serviços de natureza contínua, já autorizou a cumulação dos requisitos de qualificação técnica exigidos no Edital de Pregão Presencial nº 19/2023:

44. O grupo de estudos registrou que **as exigências de qualificação econômico-financeira previstas na maioria dos editais não estão sendo capazes de evitar a contratação de empresas sem a devida capacidade econômico-financeira para honrar os compromissos pertinentes à prestação dos serviços.**

45. O grupo entende que deve ser sempre exigido que a empresa tenha patrimônio líquido mínimo de 10% do valor estimado da contratação, independentemente dos índices de liquidez geral, liquidez corrente e solvência geral. O grupo ressalta que empresas de prestação de serviço são altamente demandantes de recursos financeiros de curto prazo para honrar seus compromissos, sendo necessário que elas tenham recursos suficientes para honrar no mínimo dois meses de contratação sem depender do pagamento por parte do contratante. Assim, **propõe que se exija dos licitantes que eles tenham capital circulante líquido de no mínimo 16,66% (equivalente a 2/12) do valor estimado para a contratação (período de um ano).**

46. Alerta também o grupo que é importante verificar se a licitante tem patrimônio suficiente para suportar compromissos já assumidos com outros contratos sem comprometer a nova contratação, o que pode ser feito por meio da análise da relação de compromissos assumidos. A correção das informações contidas nessa relação poderá ser objeto de avaliação a partir do cotejamento dos valores apresentados com os da receita bruta discriminada no Demonstrativo de Resultado do Exercício, uma vez que grande parte da receita de empresas de terceirização é derivada de contratos. Assim, o grupo propõe que o valor do patrimônio líquido da contratada não poderá ser inferior a 1/12 do montante total constante da relação de compromissos.

47. A então 3ª Secex, ao analisar esse ponto, entendeu que não haveria autorização legal para a exigência de capital circulante líquido mínimo de 16,66% do valor estimado da contratação. Assevera que tais números “por serem limitadores do direito de licitar dos administrados, não podem ser aleatoriamente fixados pela administração”. Aduz aquela unidade técnica que o art. 31, inciso I, da Lei 8.666/93 diz que as demonstrações contábeis têm por objetivo comprovar a ‘boa situação financeira’ da empresa, “o que, sem dúvida, explana conceito aberto, mas nem por isso autorizador de limitações indevidas por parte do administrador, daí por que, mesmo razoáveis os valores e índices declinados na proposta, estes só podem ser adotados se estabelecidos por meio de decreto regulamentador, visto que este tipo de normativo existe justamente para explicitar a lei” (grifos do original).

48. Entendo não assistir razão à unidade técnica nesse aspecto. A prevalecer o entendimento defendido pela então 3ª Secex, só poderiam ser adotados critérios e índices expressamente estabelecidos na própria Lei 8.666/93 ou em decreto regulamentador. Nessa hipótese, as únicas

exigências numéricas possíveis, na ausência de decreto regulamentador sobre a matéria, seriam o capital social ou patrimônio líquido de até 10% do valor estimado da contratação (expressamente previsto no art. 31, §3º da Lei 8.666/93) e a garantia, limitada a 1% do valor estimado (art. 31, inciso III). Nem mesmo o estabelecimento de valores mínimos de índices poderia ser feito, uma vez que não há previsão normativa expressa a respeito desses valores.

49. A leitura do art. 31 da Lei de Licitações indica que o legislador não estabeleceu de forma precisa quais critérios, índices e valores a serem requeridos. E nem deveria fazê-lo, julgo eu, diante da diversidade de tipos e complexidades de objetos, que podem requerer exigências distintas. A lei estabeleceu sim, determinados limites para as exigências a serem feitas pela administração, como valor máximo de patrimônio líquido, vedação da imposição de faturamento anterior ou índices de rentabilidade ou lucratividade, proibição da exigência de índices e valores não usualmente adotados. A lei também requer, de forma explícita, que a comprovação da boa situação financeira seja feita de forma objetiva por meio de índices devidamente justificados no processo administrativo da licitação.

50. Assim, se os critérios previstos pela administração estiverem dentro desses parâmetros, entendo que é perfeitamente legal exigí-los. E os critérios sugeridos pelo grupo de estudos situam-se nos limites estabelecidos em lei, tendo-se apresentado justificativas técnicas pertinentes que motivam sua adoção.

Grifos acrescentados

Nessa toada, o Corpo Instrutivo ainda consignou que o Anexo VII-A da IN nº 005/2017 autoriza a exigência concomitante de condições de habilitação econômico-financeira nas contratações de serviços continuados com regime de dedicação exclusiva de mão de obra:

11.1. Nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração deverá exigir:

- a) Balanço patrimonial e demonstrações contábeis referentes ao último exercício social, comprovando índices de Liquidez Geral (LG), Liquidez Corrente (LC), e Solvência Geral (SG) superiores a 1 (um);
- b) Capital Circulante Líquido ou Capital de Giro (Ativo Circulante - Passivo Circulante) de, no mínimo, 16,66% (dezesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado da contratação, tendo por base o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis do último exercício social;
- c) Comprovação de patrimônio líquido de 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, por meio da apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, apresentados na forma da lei, vedada a substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais, quando encerrados há mais de 3 (três) meses da data da apresentação da proposta;

d) Declaração do licitante, acompanhada da relação de compromissos assumidos, conforme modelo constante do Anexo VII-E de que um doze avos dos contratos firmados com a Administração Pública e/ou com a iniciativa privada vigentes na data apresentação da proposta não é superior ao patrimônio líquido do licitante que poderá ser atualizado na forma descrita na alínea “c” acima, observados os seguintes requisitos

d.1. a declaração deve ser acompanhada da Demonstração do Resultado do Exercício (DRE), relativa ao último exercício social; e

d.2. caso a diferença entre a declaração e a receita bruta discriminada na Demonstração do Resultado do Exercício (DRE) apresentada seja superior a 10% (dez por cento), para mais ou para menos, o licitante deverá apresentar justificativas.

e) Certidão negativa de efeitos de falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, expedida pelo distribuidor da sede do licitante.

Sendo assim, **tendo em mente o valor da contratação em exame, a essencialidade do seu objeto, relacionado ao fornecimento de alimentação escolar, e os argumentos colacionados pelo jurisdicionado, entendo, assim como a instância técnica, que não assiste razão à Representante.**

2. Conclusões

Diante de todo o exposto, o Corpo Instrutivo **opinou pela procedência parcial da presente Representação e sugeriu que o Edital de Pregão Presencial nº 19/2023 seja retificado de modo a excluir a exigência de apresentação de propostas com o patamar salarial mínimo indicado na Convenção Coletiva nº 000597/2022, constante no item 13 do termo de referência**, mantendo-se o certame suspenso até a publicação da alteração, sob pena de fixação de multa diária em caso de não atendimento.

Com efeito, analisados os fatos representados e os esclarecimentos prestados pelo jurisdicionado, reputo presentes os elementos necessários ao exame definitivo do mérito e, em consonância com os fundamentos já delineados nesta decisão, **julgo parcialmente procedente esta Representação, impondo-se a promoção de modificação do instrumento convocatório nos moldes propostos pela instância técnica.**

Em observância ao **princípio da celeridade**, notadamente tendo em vista **a relevância dos serviços licitados, e considerando a objetividade das providências remanescentes**, não vislumbro óbices à **continuidade do certame**, desde que o jurisdicionado adote as **providências necessárias antes da realização do Pregão Presencial nº 019/2023**, sob pena de nulidade e responsabilização dos envolvidos, o que estará **sujeito a ações fiscalizatórias futuras** a serem empreendidas por este Tribunal. Neste diapasão, reputo ainda oportuno que seja dada ciência ao Controle Interno do ente, a fim de que acompanhe o atendimento a esta decisão.

Além disso, **deverão ser publicados os avisos da remarcação da licitação e da errata, abarcando as modificações tratadas neste feito**, na forma prevista no art. 21, § 4º da Lei Federal nº. 8.666/1993 c/c art. 4º da Lei Federal nº 10.520/2002, bem como **incluídas as informações atualizadas do procedimento licitatório no endereço eletrônico oficial da Prefeitura de Maricá**, disponibilizado o acesso *online* e *download* do conteúdo completo e atualizado do edital e seus anexos, em conformidade com o art. 8º da Lei Federal nº 12.527/2011.

Quanto à tutela de urgência pleiteada, cumpre ressaltar que ela representa um provimento cautelar que busca assegurar o resultado útil do julgamento de mérito do processo. Neste desiderato, diante do julgamento de mérito neste momento processual, **não mais existe provimento cautelar a se assegurar, motivo pelo qual resta superada a análise.**

Pelo exposto e examinado, posiciono-me **parcialmente de acordo** com a proposta do Corpo Instrutivo e com o parecer do Ministério Público de Contas, residindo minha parcial divergência simplesmente no acréscimo de ciência ao Controle Interno do Poder Executivo de Maricá e no arquivamento destes autos.

VOTO:

I. Pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** desta Representação, superada a análise da medida cautelar;

II. Pela COMUNICAÇÃO ao Prefeito do Município de Maricá e ao Secretário de Educação de Maricá, com base no art. 15, inciso I do Regimento Interno deste Tribunal, para que tenham ciência da presente decisão e atendam às seguintes **DETERMINAÇÕES**, antes da realização do Pregão Presencial nº 019/2023, sob pena de nulidade, **sem a necessidade de que comprove, neste processo, seu cumprimento**¹⁷, alertando-os que o não atendimento às decisões plenárias desta Corte torna seus responsáveis passíveis de aplicação de multa:

II.1. Retificar o Edital de Pregão Presencial nº 19/2023, de modo a excluir a exigência de apresentação de propostas com o patamar salarial mínimo indicado na Convenção Coletiva nº 000597/2022, constante no item 13 do termo de referência; e

II.2. Elaborar e publicar errata, com a modificação referida no subitem anterior, bem como disponibilizar o inteiro teor do edital retificado e consolidado, junto a seus anexos, além do aviso de remarcação do certame, nos moldes do § 4º do art. 21 da Lei Federal nº 8.666/1993 c/c o art. 4º da Lei Federal nº 10.520/2002, e divulgar tais informações no *site* da Prefeitura, nos termos do inciso IV, art. 8º da Lei de Acesso à Informação;

III. Pela COMUNICAÇÃO ao atual titular do Órgão Central de Controle Interno da Prefeitura de Maricá, na forma do art. 15, inciso I, do Regimento Interno do TCE-RJ, para que acompanhe o atendimento à presente decisão e, em caso de descumprimento, dê ciência imediata a este Tribunal, alertando-o que o não atendimento às decisões plenárias desta Corte torna seus responsáveis passíveis de aplicação de multa;

IV. Pela COMUNICAÇÃO à Representante, nos moldes do art. 15, inciso I do Regimento Interno desta Corte, a fim de que tenha ciência deste voto; e

V. Pelo ARQUIVAMENTO do presente processo.

¹⁷ Sem prejuízo, essas determinações estarão sujeitas à apreciação futura em ações fiscalizatórias a serem empreendidas por esta Corte.

GCS-2,

**ANDREA SIQUEIRA MARTINS
CONSELHEIRA SUBSTITUTA**