

ANÁLISE INICIAL

PROCESSO Nº: 1156611

NATUREZA: Denúncia

RELATOR: Conselheiro Substituto Telmo Passareli

DATA DE AUTUAÇÃO: 22/09/2023

DADOS DA LICITAÇÃO

PROCESSO LICITATÓRIO N.: 126/2023

PREGÃO ELETRÔNICO N.: 040/2023

ENTIDADE LICITANTE: Prefeitura Municipal de Nova Era

OBJETO: Contratação de empresa especializada para prestação de serviços de implementação, gerenciamento e administração de auxílio alimentação, via cartão magnético e/ou cartão eletrônico, com tecnologia de chip, e respectivas recargas de créditos mensais, em quantidade e frequência variável, nas quantidades, qualidades e condições descritas no Anexo I (Termo de Referência).

MODALIDADE: Pregão

TIPO: Menor preço

DATA DE PUBLICAÇÃO: 14/09/2023

1. INTRODUÇÃO

Trata-se de Denúncia formulada por Mega Vale Administradora de Cartões e Serviços Ltda., com pedido liminar, em face de supostas irregularidades no Processo Licitatório n. 126/2023 – Pregão Eletrônico n. 040/2023, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Nova Era, que tem por objeto a contratação de serviços de implementação, gerenciamento e administração de auxílio alimentação, por meio de cartão magnético e/ou cartão eletrônico, com tecnologia de chip, e respectivas recargas de créditos mensais, em quantidade e frequência variável.

A Denunciante aponta, em síntese, a existência da seguinte irregularidade:

- Da irregularidade do critério de desempate adotado (menor taxa secundária)

Após a autuação, recebimento e distribuição da Denúncia, o Relator, Conselheiro Substituto Telmo Passareli determinou a intimação do Sr. Edmar Gonçalves, Pregoeiro, e do Sr. Txai Silva

Costa, Prefeito Municipal, subscritores do edital e do termo de referência, para que encaminhassem cópia do processo licitatório e apresentassem os esclarecimentos necessários à elucidação dos fatos denunciados (peça n. 6, SGAP).

Cumprida a determinação pelos Responsáveis (peças n. 10 a 17 do SGAP), o Relator indeferiu o pedido de medida cautelar formulado nos autos, por considerá-lo prejudicado, diante da informação de que a Administração Pública promoveu a exclusão da previsão de utilização da taxa de credenciamento como critério de desempate (peça n. 19, SGAP).

Em seguida, os autos foram encaminhados a esta Coordenadoria para análise inicial, o que se passa a fazer neste momento.

2. ANÁLISE DOS FATOS DENUNCIADOS

2.1 Apontamento:

Da irregularidade do critério de desempate adotado (menor taxa secundária)

2.1.1 Alegações da Denunciante:

A Denunciante alega, em síntese, que o item 19.3 Edital, ao dispor sobre o critério de desempate, encontra-se em desacordo com a legislação e direciona o certame.

Isso porque, segundo a Denunciante, o critério de julgamento consiste na menor taxa de administração, e, em havendo empate nos percentuais, o critério de desempate será o menor percentual cobrado pela empresa aos estabelecimentos credenciados, o que ocasiona a interferência da Administração diretamente na relação comercial entre as licitantes e sua rede credenciada.

Afirma que “não é permitido ao órgão licitante intervir na negociação entre a Contratada e sua rede credenciada colocando limites para as negociações”, entendimento consolidado nos tribunais de contas do país.

Ressalta que, em caso de empate, deverão ser utilizados os critérios de desempate previstos em lei, tais como na Lei complementar n. 123/2006.

2.1.2 Documentos e informações apresentados:

Edital do Pregão Eletrônico n. 040/2023 e seus anexos (peça n. 2, SGAP).

2.1.3 Análise do apontamento:

O Termo de Referência, Anexo I do Edital disponibilizado pela Denunciante (peça n. 2, SGAP) prevê o seguinte acerca da taxa de administração:

19.3 - O critério de julgamento da proposta será o de menor percentual (menor taxa de administração).

NÃO SERÁ ADMITIDA TAXA NEGATIVA – DESÁGIO CONFORME DISPOSTO NO ACORDÃO 459/2023 DO TCU BEM COMO DECRETO Nº 10.854/2021 E LEI FEDERAL Nº 14.442/2022

(...)

Do empate entre as propostas:

Na hipótese de apresentação de propostas inicial no sistema, ou na fase de lances, os percentuais ficarem empatados², será utilizado como critério de desempate nesta ordem:

1º - Menor percentual cobrado pela empresa aos estabelecimentos credenciados. Este percentual não entrará na fase de lances, devendo ser informado uma única vez no sistema.

OBS: Caso a empresa decida por não informar o percentual a ser cobrado dos estabelecimentos credenciados, poderá ficar fora da disputa no caso de empate entre as propostas.

2º - Persistindo o empate será realizado o sorteio.

Em sede de esclarecimentos prestados a esta Corte de Contas, os gestores responsáveis pelo certame informaram que houve a retificação do instrumento convocatório, publicada no Diário Oficial do Município no dia 26 de setembro de 2023. Noticiaram que foi excluído o “critério de desempate baseado no percentual que a empresa contratada cobrará dos comerciantes”.

Vejamos o que anuncia o Anexo I do instrumento convocatório retificado acerca de eventual empate¹:

19.3 - O critério de julgamento da proposta será o de menor percentual (menor taxa de administração).

NÃO SERÁ ADMITIDA TAXA NEGATIVA – DESÁGIO CONFORME DISPOSTO NO ACORDÃO 459/2023 DO TCU BEM COMO DECRETO Nº 10.854/2021 E LEI FEDERAL Nº 14.442/2022

(...)

Do empate entre as propostas:

Na hipótese de apresentação de propostas inicial no sistema, ou na fase de lances, os percentuais ficarem empatados, será utilizado como critério de desempate o sorteio público (realizado pelo sistema Licitar Digital).

¹ <https://app2.licitardigital.com.br/pesquisa/15970>

Pois bem. Marçal Justen Filho ensina que, antes da Lei nº. 8.666/1993, os critérios de desempate eram determinados no próprio instrumento convocatório – fato que resultava na adoção de critérios questionáveis².

Confira-se:

9) Critério de desempate

Na lei anterior, o ato convocatório deveria determinar o critério de desempate. A conjugação do tipo de licitação com alguns critérios restritivos e a adoção de critérios de desempate peculiares conduziu a situações questionáveis. Uma das preocupações da Lei 8.666/1993 foi eliminar o risco de eventos similares.

O desempate em igualdade de condições deveria atentar para os critérios do art. 3º, §2º. A propósito, consultem-se os comentários correspondentes ao referido artigo, inclusive no tocante às preferências estabelecidas na LC 123/2006. Se todos os critérios de preferência forem esgotados e permanecer o empate, a solução será o sorteio. Ficou vedado, assim, o desempate através de nota técnica. O sorteio deverá fazer-se em solenidade pública, amplamente divulgada. O prazo de antecedência da divulgação não consta da Lei. Porém, não deve ser inferior a cinco dias úteis – prazo mínimo previsto na Lei para a interposição de recursos. Deverão ser adotadas cautelas que assegurem a imparcialidade do resultado, permitindo-se ampla fiscalização por parte dos interessados.

Por essa razão, em virtude dos princípios do juízo objetivo e da isonomia, passou a se entender que os critérios de desempate aplicáveis às licitações deveriam estar previstos em Lei. Nesse sentido, o art. 3º, §2º da Lei nº 8.666/93 estabelece os critérios de desempate gerais:

Art. 3º [...]

§2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

I - (Revogado pela Lei nº 12.349, de 2010)

II - produzidos no País;

III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras;

IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005).

Adicionalmente, caso microempresas ou empresas de pequeno porte participem do certame, devem ser observados os critérios específicos previstos na Lei Complementar nº. 123/06³.

² Justen Filho, MARÇAL – Comentários à lei de licitações e contratos administrativos – 16ª Edição – ver., atual. E ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 827.

³ Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Mantido o empate após a aplicação dos critérios citados, a Lei nº. 8.666/1993 determina a obrigatoriedade da realização de sorteio para a definição do licitante vencedor:

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

(...)

§ 2º No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo. (G.n.)

A previsão, em editais de licitação, de outros critérios de desempate é, portanto, ilegal, uma vez que contraria disposição expressa da Lei nº. 8.666/1993.

No caso em análise, verifica-se que o Edital retificado decotou a primeira parte do item em comento, mantendo-se apenas o sorteio como critério de desempate.

Diante da alteração mencionada, o aviso foi publicado no Diário Oficial no dia 26/09/2023 com data de abertura das propostas designada para o dia 10/10/2023, em atendimento ao prazo previsto no artigo 4º, inciso V, da Lei nº. 10.520/2002 e no artigo 21, §4º, da Lei nº. 8.666/1993, cujo teor pode ser aplicado subsidiariamente às licitações da modalidade pregão.

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

II - não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do caput deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1o e 2o do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1o e 2o do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

§1º Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no caput deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.

§2º O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

§3º No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.

Pelo exposto, considerando a retificação do Termo de Referência e consequente exclusão do critério de desempate apontado, esta Unidade Técnica entende pela **improcedência** do apontamento.

2.1.4 Objeto no qual foi identificado o apontamento: Edital do Pregão Eletrônico n. 040/2023.

2.1.5 Conclusão: Pela improcedência.

2.1.6 Critérios:

- Justen Filho, MARÇAL – Comentários à lei de licitações e contratos administrativos – 16ª Edição – ver., atual. E ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014;
- Lei Federal nº. 8.666/1993, art. 3º, §2º, art. 21, §4º e art. 45, §2º;
- Lei Complementar Federal nº. 123/2006, art. 44 e 45;
- Lei Federal nº. 10.520/2002, art. 4º, inciso V.

3. APONTAMENTO COMPLEMENTAR DA UNIDADE TÉCNICA

3.1 Apontamento:

Da vedação de taxa de administração negativa.

3.1.1. Análise:

O Termo de Referência, Anexo I do Edital de Pregão Eletrônico n. 040/2023, ao tratar do critério de julgamento do certame, previu que será escolhida a proposta que apresentar a menor taxa de administração, sendo vedada a apresentação de taxas negativas:

19.3 - O critério de julgamento da proposta será o de menor percentual (menor taxa de administração).

NÃO SERÁ ADMITIDA TAXA NEGATIVA – DESÁGIO CONFORME DISPOSTO NO ACORDÃO 459/2023 DO TCU BEM COMO DECRETO Nº 10.854/2021 E LEI FEDERAL Nº 14.442/2022

De início, cumpre ressaltar que a jurisprudência do Tribunal de Contas da União – TCU admite, de forma consolidada, a oferta de taxa de administração de valor negativo, sob o argumento de que o percentual negativo, por si só, não torna as propostas inexequíveis, devendo ser averiguada a compatibilidade da taxa oferecida de acordo com cada caso, a partir de critérios objetivos⁴.

⁴ Acórdãos TCU nº. 552/2008 – Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz e nº. 1.034/2012 – Plenário, Min. Raimundo Carreiro.

No mesmo sentido, esta Corte de Contas possui inúmeros julgados os quais entendem que a taxa de administração negativa, em regra, é uma prática comum no mercado, que favorece a competitividade do certame e a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública⁵.

Ocorre que, no dia 02 de setembro de 2022, foi publicada a Lei Federal nº. 14.442/2022, que dispõe sobre o pagamento de auxílio-alimentação ao empregado e altera a Lei nº. 6.321, de 14 de abril de 1976, e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943.

O artigo 3º, inciso I, da Lei nº. 14.442/2022 estabelece que o empregador, ao contratar pessoa jurídica para o fornecimento de auxílio-alimentação, não poderá exigir ou receber qualquer tipo de deságio (taxa negativa) ou imposição sobre o valor contratado. Confira-se:

Art. 3º O empregador, ao contratar pessoa jurídica para o fornecimento do auxílio-alimentação de que trata o art. 2º desta Lei, não poderá exigir ou receber:

I - qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado;

O legislador optou por vedar a ocorrência de taxas negativas, no âmbito do Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT) e no auxílio-alimentação previsto no artigo 457, §2º, da CLT, como forma de coibir o repasse dessa “perda” ao consumidor final, onerando aquele quem o auxílio-alimentação deveria beneficiar. Essa vedação também se justificaria com base no “duplo benefício” que seria garantido, indevidamente, às pessoas jurídicas beneficiárias da isenção tributária oriunda do PAT. É o que consta na exposição de motivos da Medida Provisória nº. 1.108/2022, posteriormente convertida na Lei nº. 14.442/2022:

19. Outra consequência adversa do modelo de arranjos de pagamento no âmbito do Programa de Alimentação do Trabalhador é a possibilidade de concessão de taxas negativas ou deságio, pelas empresas emissoras dos vales refeição e alimentação, às pessoas jurídicas beneficiárias que recebem isenção tributária para implementar programas de alimentação a seus trabalhadores. Essa prática deturpa a política pública ao beneficiar duplamente as empresas beneficiárias. Ao conceder taxas negativas às pessoas jurídicas beneficiárias, as empresas facilitadoras de aquisição de refeições e gêneros alimentícios equilibram essa “perda” exigindo altas taxas dos estabelecimentos comerciais credenciados, que de fato proveem a alimentação. Os trabalhadores, por sua vez, que deveriam ser os maiores beneficiários da política pública, se viram deslocados para a margem da política, enquanto as pessoas jurídicas beneficiárias ocupam o centro dela, ao ser beneficiado duplamente, com a isenção do imposto de renda e com as taxas de deságio concedidas pelas facilitadoras contratadas.

⁵ Cita-se, a título de exemplo, as Denúncias nº. 1031545, 1054094, 1053877, 1054096, 1120086, 1120204, 1121133 e 1135513.

20. A medida ora proposta visa coibir essa prática, criando a proibição de cobranças de taxas negativas ou deságio tanto no âmbito do PAT quanto na concessão do auxílio alimentação de que trata o § 2º do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho. Para implementação dessa vedação, é previsto um prazo de transição para que não ocorra insegurança jurídica em relação aos contratos vigentes.

Com o advento da legislação, o debate em torno do tema se intensificou e diversas Denúncias foram direcionadas a esta Casa, questionando a legalidade da aceitação de taxas negativas em procedimentos licitatórios, cujos objetos consistem na contratação de empresas para gerenciamento e fornecimento de vale-alimentação. Cabe menção ao acórdão da Denúncia nº. 1120086, de relatoria do Conselheiro Telmo Passareli, por meio da qual a 2ª Câmara desta Corte se posicionou pela inaplicabilidade da referida norma, deferindo a medida cautelar pleiteada naquela ocasião:

Tendo em vista os precedentes citados, não há dúvida de que a proibição, por parte da Administração, de apresentação de propostas de taxas negativas, em licitações destinadas ao fornecimento de vale-refeição ou alimentação, é, de há muito, considerada irregular tanto por este Tribunal de Contas quanto pelo Tribunal de Contas da União.

Esse entendimento, a meu ver, não se modifica com a publicação da MP 1.108/2022, **haja vista que esta norma dispõe exclusivamente sobre alterações no âmbito da CLT e da Lei 6.321/1976, que institui e regulamenta o Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT).**

Conforme já decidiu a Segunda Câmara deste Tribunal, no julgamento da Denúncia 1031545, de relatoria do Conselheiro Wanderley Ávila, não há obrigatoriedade do cadastro no PAT das empresas prestadoras de serviços de administração e emissão de cartão eletrônico para aquisição de alimentos. No caso dos autos, inclusive, não foi exigida a comprovação de inscrição no PAT.

[...]

Sendo assim, num primeiro momento, considerando a atual jurisprudência do TCU e deste Tribunal de Contas, os quais, conforme mencionado acima, posicionam-se pela aceitação da taxa de administração negativa, uma vez que aparenta ser mais benéfica para obtenção de melhores condições de contratação, entendo que assiste razão à denunciante. (G.N.)

Menciona-se, também, o entendimento adotado na Denúncia nº. 1121133, de relatoria do Conselheiro Substituto Adonias Monteiro, Sessão da 1ª Câmara, do dia 13/12/2022:

DENÚNCIA. PREGÃO ELETRÔNICO. REGISTRO DE PREÇOS. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE ADMINISTRAÇÃO, GERENCIAMENTO, EMISSÃO E FORNECIMENTO DE VALE ALIMENTAÇÃO. TAXA DE ADMINISTRAÇÃO NEGATIVA. MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.108/2022. IMPROCEDÊNCIA. PREVISÃO DE PAGAMENTO EM ATÉ TRINTA DIAS DA ENTREGA DO OBJETO. PARTICULARIDADES DO REGIME DE PAGAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IMPROCEDÊNCIA. ARQUIVAMENTO.

1. Nos certames para fornecimento de vale refeição ou alimentação, o oferecimento de proposta com taxa de administração zero ou negativa é regular, consoante jurisprudência desta Corte e do Tribunal de Contas da União. 2

2. A edição da Medida Provisória n. 1.108/2022, posteriormente convertida na Lei n. 14.442/2022, não obsta a aceitação de taxa de administração negativa em procedimentos licitatórios direcionados à contratação de empresa para fornecimento de vale alimentação, **uma vez que tal normativo**

dispõe exclusivamente sobre alterações no âmbito da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e da Lei n. 6.321/1976, que institui e regulamenta o Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT. (G.N.)

E mais recentemente:

DENÚNCIA. PREGÃO ELETRÔNICO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO, GERENCIAMENTO, EMISSÃO E FORNECIMENTO DE CRÉDITOS PARA ALIMENTAÇÃO E REFEIÇÃO, POR MEIO DE CARTÕES ELETRÔNICOS OU MAGNÉTICOS. VEDAÇÃO DE OFERTAS DE TAXA DE ADMINISTRAÇÃO NEGATIVA. LEI N.º 14.442/2022. PREVISÃO DE PAGAMENTO EM ATÉ TRINTA DIAS A PARTIR DA ENTREGA DO OBJETO. IMPROCEDÊNCIA. ARQUIVAMENTO. 1. Nos certames licitatórios destinados ao fornecimento de cartões de vale-refeição ou alimentação, é lícita, em regra, a fixação de taxas de administração negativas, conforme sedimentado na jurisprudência desta Corte de Contas. 2. **As regras insertas na Lei n. 14.442/2022 possui aplicabilidade restrita ao âmbito das contratações regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, devendo ser observadas por órgão ou entidade inscrito no Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT e que possuir agentes públicos vinculados ao regime celetista.** (Denúncia n.º. 1141466, Rel. Cons. Subst. Hamilton Coelho, 2ª Câmara. Acórdão publicado em: 16/05/2023) (G.N.)

Os julgados acima partem do pressuposto de que a Lei n.º. 14.442/2022 não se aplica a servidores submetidos ao regime jurídico estatutário, pelo fato dessa legislação abranger, de forma expressa, apenas o auxílio-alimentação previsto no artigo 457, §2, da CLT, conforme o disposto no artigo 2º:

Art. 2º As importâncias pagas pelo empregador a título de auxílio-alimentação de que trata o § 2º do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, deverão ser utilizadas para o pagamento de refeições em restaurantes e estabelecimentos similares ou para a aquisição de gêneros alimentícios em estabelecimentos comerciais. (G.N.)

Em suma, o entendimento desta Corte de Contas é de que as disposições a Lei n.º. 14.442/2022 não possuem aplicabilidade em órgão da Administração Pública cujos servidores estejam submetidos ao regime estatutário, por não receberem o auxílio previsto na CLT e pelo fato de o órgão não fazer jus à isenção tributária relacionada ao PAT.

Este entendimento, contudo, não é unânime e encontra divergências em outros Tribunais de Contas do país.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE/SP)⁶ e o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo (TCE/ES)⁷, em recentes decisões, entenderam pela possibilidade de vedação à apresentação de taxa negativa em editais da administração pública direta, autárquica e

⁶ Processo TC-010031.989.22-1, j. 11/05/2022, Relator Sidney Estanislau Beraldo.

⁷ Parecer em Consulta n.º. 00009/2023-1, Plenário, j. 28/04/2023, Relator Rodrigo Coelho do Carmo.

fundacional, posicionamento que diverge do adotado no Tribunal de Contas de Minas Gerais (TCE/MG).

Para tanto, os julgados se pautaram na teoria geral dos contratos e nos dispositivos principiológicos da Constituição Federal de 1988 para estender as disposições da Lei nº. 14.442/2022 à administração pública. No entendimento destes Tribunais, a permissão de taxas negativas acaba por afetar os fornecedores de alimentação e os servidores beneficiários, partes mais frágeis da transação. Nos termos da Consulta do TCE/ES:

CONSULTA – CONHECER – MEDIDA PROVISÓRIA 1.108/2022 – LEI 14.442/2022 – INAPLICABILIDADE AOS ENTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – POSSIBILIDADE DE VEDAÇÃO DE TAXA NEGATIVA NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, POR FORÇA DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA TEORIA GERAL DO CONTRATO – FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO – DIVERGIR PARCIALMENTE OS TERMOS DA INSTRUÇÃO TÉCNICA DE CONSULTA 34/2022 – MODULAÇÃO DE EFEITOS – DAR CIÊNCIA – ARQUIVAR. 1- As vedações inseridas na Medida Provisória 1.108/2022, reafirmadas pela Lei nº 14.442/2022, dentre elas a proibição do empregador exigir ou receber deságio ou desconto sobre o valor contratado a título de auxílio-alimentação, foram direcionadas às pessoas jurídicas empregadoras que são beneficiárias da possibilidade de deduzir do imposto sobre a renda calculado sobre o lucro tributável, o dobro das despesas realizadas com a alimentação de seus empregados, conforme se denota do art. 5º da lei em referência.

Todavia, **a regra celetista insculpida na legislação em referência**, cuja aplicabilidade fora vinculada à importante incentivo fiscal às empresas aquiescentes, com previsão e penalidade de multa às insurgentes, **deve ser observada tanto na esfera pública – ainda que não seja por força da referida lei - quanto na privada, em deferência à dispositivos principiológicos garantidos na Constituição Federal e à valores coletivos (interesse público) priorizados pela Administração Pública, a fim de assegurar a eficácia jurídica dos contratos.**

É importante ressaltar que em relação aos contratos administrativos vigentes, que aderiram ao modelo econômico de aplicação de taxa em deságio, deverá ser vedada a sua prorrogação, a fim que se enquadre no formato de contratação, cuja taxa de administração não seja negativa, de acordo com os fundamentos expostos. Permite-se, contudo, uma única prorrogação, caso, além de haver previsão no contrato, esse expirar em até 180 (cento e oitenta) dias da publicação do presente parecer consulta.

2- Não há qualquer impedimento à viabilidade da prestação de serviços de fornecimento de auxílio-alimentação por meio de cartões magnéticos ou eletrônicos.

Quanto ao critério a ser utilizado pelo gestor público, por composição lógica jurídica, o modelo de credenciamento, previsto no art. 79 da Lei 14.133/20214, é o mais indicado para as contratações de empresas especializadas no fornecimento de cartões magnéticos ou eletrônicos visando a prestação de serviços de auxílio-alimentação aos servidores ativos da administração pública, na medida em que não é possível o critério de julgamento pelo menor preço nos procedimentos administrativos, cujo modelo contratual não permita a utilização de taxa de administração negativa, por completa inviabilidade técnica.

(G.N.)

Entendimento semelhante também foi adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP, conforme julgado retirado do portal Zênite Fácil:

57350 – Contratação pública – Edital – Fornecimento de cartão de auxílio-alimentação – Taxa de administração negativa – Vedação – TJ/SP

O TJ/SP julgou sobre a possibilidade de o edital de licitação prever a proibição da taxa de administração negativa na contratação de fornecimento e manutenção de auxílio-alimentação, através de cartão magnético. O relator analisou que a vedação decorre especificamente da previsão da “Lei 14.442/2022 que estabelece que em seu art. 3º que o ‘empregador, ao contratar pessoa jurídica para o fornecimento do auxílio-alimentação de que trata o art. 2º desta Lei, não poderá exigir ou receber qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado’”. Segundo o julgador, “a finalidade da lei é a de impedir o dano social decorrente da prática da taxa negativa. O deságio é primeiramente transferido para fornecedores de alimentação/refeição e assim será inexoravelmente repassado aos trabalhadores, seja por meio do aumento de preço dos produtos, seja por acarretar no recebimento dos benefícios em valores que não condizem com os de mercado”. Dessa forma, concluiu que a vedação “visa priorizar o interesse do usuário, impedindo-o de suportar o custo da taxa negativa. Plenamente aplicáveis as disposições legais para os licitantes, integrantes ou não do PAT (Programa de Alimentação do Trabalhador). Isto porque não há qualquer distinção legal atribuída pela norma, tampouco interesse público que justifique o afastamento da vedação”. No mesmo sentido: Processos nºs 009245.989.22-3; TC-010031.989.22-1; TC-012746.989.22-1 e TC-5627.989.22-1. (TJ/SP, Apelação Cível nº 1008607-64.2022.8.26.0664, Rel. Des. Fernão Borba Franco, j. em 22.02.2023.)

Com a devida vênia aos Tribunais de São Paulo e Espírito Santo, esta Unidade Técnica reafirma os entendimentos recentes desta Corte de Contas, mencionados anteriormente, no sentido de que a MP nº. 1.108/2022, convertida na Lei nº. 14.442/2022, se aplica apenas às pessoas jurídicas empregadoras regidas pelas regras celetistas, beneficiárias da dedução do imposto de renda calculado sobre o lucro tributável instituída pelo PAT.

Além disso, no caso do setor público, os princípios licitatórios da obtenção da proposta mais vantajosa e da competitividade também devem ser observados, de forma que a extensão ao regime estatutário de regra prevista para o regime celetista – por simples interpretação principiológica – pode resultar em postura demasiadamente proativa dos Tribunais de Contas, em interpretação que extrapola os limites da Lei nº. 14.442/2022, além de representar intromissão indevida na formulação dos preços pelas empresas licitantes, atividade tipicamente privada.

Por essas razões, haja vista o entendimento deste Tribunal de que a MP 1.108/2022, convertida na Lei nº. 14.442/2022, versa exclusivamente sobre o auxílio alimentação previsto na CLT e sobre os programas de alimentação do trabalhador, disciplinados pela Lei Federal nº. 6.321/1976; verificando-se, ainda, que objeto da presente licitação se refere ao fornecimento de cartões de auxílio-alimentação para os servidores públicos da administração direta e indireta do Município de Nova Era, não se tendo notícia do fornecimento desse benefício a terceiros submetidos ao regime celetista, entende esta Unidade Técnica ser inaplicável a vedação de descontos negativos ao caso em análise.

Ressalta-se, nesse ponto, que o Edital do Pregão Eletrônico nº. 40/2023 aplica-se a servidores públicos da administração direta e indireta do Município; e que, caso o cartão de auxílio alimentação fosse disponibilizado também a empregados sob o regime celetista, pertencentes à administração indireta do Município, o objeto do certame deveria ser dividido em lotes, permitindo-se a oferta de taxas negativas aos benefícios oferecidos aos servidores estatutários e vedando-se em relação aos empregados celetistas, aplicando-se a estes as determinações da Lei nº. 14.442/2022.

Pelas razões expostas, entende esta Unidade Técnica pela existência de indícios de **irregularidade** no Pregão Eletrônico n. 040/2023 quanto à vedação à apresentação de taxas negativas.

3.1.2 Objeto no qual foi identificado o apontamento:

Edital de Pregão Eletrônico n. 040/2023.

3.1.3 Conclusão:

Pela existência de indícios de irregularidade no Pregão Eletrônico n. 040/2023

3.1.4 Critérios:

- Lei Federal nº. 14.442/2022, art. 2º e art. 3º, inciso I;
- Denúncia nº. 1120086, 2ª Câmara, Rel. Cons. Subst. Telmo Passareli;
- Denúncia nº. 1121133, 1ª Câmara, Rel. Cons. Subst. Adonias Monteiro;
- Denúncia nº. 1141466, 2ª Câmara, Rel. Cons. Subst. Hamilton Coelho;
- Consulta TC nº. 3.942/2022-1, Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, Rel. Cons. Rodrigo Coelho do Carmo;
- Processo TC-010031.989.22-1, j. 11/05/2022, Relator Sidney Estanislau Beraldo;
- TJ/SP, Apelação Cível nº 1008607-64.2022.8.26.0664, Rel. Des. Fernão Borba Franco.

3.1.5 Responsável e medida aplicável:

Esta Unidade Técnica entende que podem ser indicados como responsáveis Sr. Edmar Gonçalves, Pregoeiro, e do Sr. Txai Silva Costa, Prefeito Municipal, subscritores do edital e do termo de referência, por fazerem prever no instrumento convocatório vedação à taxa de administração negativa, em contrariedade à jurisprudência desta Corte de Contas.

Após o devido contraditório, entendendo este Tribunal pela ocorrência de dolo ou erro grosseiro (nos termos do art. 28 do Decreto Lei nº. 4.657/1942, incluído pela Lei nº. 13.655/2018), poderá

ser aplicada multa de até 100% (cem por cento) de R\$ 58.826,89 (cinquenta e oito mil, oitocentos e vinte e seis reais e oitenta e nove centavos), por ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (*caput* e inciso II do art. 85 da Lei Complementar Estadual nº. 102/2008 c/c Portaria nº 16/Pres./16).

4. ANÁLISE DO PEDIDO LIMINAR

Em sede de decisão monocrática, o Conselheiro Relator entendeu pelo indeferimento liminar da suspensão do certame, diante da retificação do Termo de Referência, no que tange à exclusão da cláusula apontada pela Denunciante como irregular.

Ocorre que, realizada a análise inicial do instrumento convocatório, esta Unidade Técnica constatou, como apontamento complementar, a irregularidade na vedação à apresentação de taxas negativas pelas licitantes.

Ressalta-se que a sessão pública do certame ocorreu no dia 10/10/2023, e houve a participação de 15 (quinze) empresas licitantes, sendo que todas apresentaram taxa 0,00, devido à vedação de propostas dotadas de taxas negativas, vejamos:

Lances				
Lote	Etapa	Fornecedor	Valor do Lance	Data/Hora
Lote 1	Negociação	BANKROW INSTITUICAO DE PAGAMENTO S.A. 34.837.066/0001-52	0,00	10/10/2023 10:05:00
Lote 1	Negociação	MS Serviços administrativos LTDA 26.069.189/0001-62	0,00	10/10/2023 14:57:15
Lote 1	Negociação	UP BRASIL ADMINISTRACAO E SERVICOS LTDA 02.939.392/0001-46	0,00	10/10/2023 14:57:15
Lote 1	Negociação	VEROCHEQUE REFEICOES LTDA 06.344.497/0001-41	0,00	10/10/2023 14:57:15
Lote 1	Negociação	BK INSTITUICAO DE PAGAMENTO LTDA 16.814.330/0001-50	0,00	10/10/2023 14:57:15
Lote 1	Negociação	Trivale Administração LTDA 00.604.122/0001-97	0,00	10/10/2023 14:57:15
Lote 1	Negociação	LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTOES LTDA 19.207.352/0001-40	0,00	10/10/2023 14:57:15
Lote 1	Negociação	BIQ BENEFÍCIOS LTDA 07.878.237/0001-19	0,00	10/10/2023 14:57:15
Lote 1	Negociação	MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA ME 21.922.507/0001-72	0,00	10/10/2023 14:57:15
Lote 1	Negociação	GREEN CARD S/A REFEIÇÕES COMÉRCIO E SERVIÇOS 92.539.830/0001-71	0,00	10/10/2023 14:57:15
Lote 1	Negociação	CDC ADMINISTRAÇÃO DE CARTÕES EIRELI 22.725.828/0001-40	0,00	10/10/2023 14:57:15

Lote 1	Negociação	PERSONAL NET TECNOLOGIA DE INFORMACAO LTDA 09.687.900/0002-04	0,00	10/10/2023 14:57:15
Lote 1	Negociação	Rom Card Administradora de Cartões Ltda 20.895.286/0001-28	0,00	10/10/2023 14:57:15
Lote 1	Negociação	CARTÃO BRB S.A. 01.984.199/0001-00	0,00	10/10/2023 14:57:15
Lote 1	Negociação	Enoq Capital Instituição de Pagamentos LTDA 35.990.763/0001-01	0,00	10/10/2023 14:57:15

Assim, em que pese o indeferimento da cautelar pelo Nobre Relator, esta Unidade Técnica entende que a irregularidade no Termo de Referência, relativa à vedação à apresentação de taxa negativa, justifica a suspensão do certame, uma vez demonstrada a existência de prejuízos aos princípios da competitividade e da escolha da melhor proposta.

Vislumbrando-se a presença dos requisitos autorizadores para a concessão da cautelar requerida, sugerimos, portanto, o deferimento da medida liminar pleiteada pela Denunciante, em razão do apontamento complementar apresentado por esta unidade Técnica.

5. CONCLUSÃO

Após a análise, esta Unidade Técnica se manifesta:

- ✓ Pela improcedência da Denúncia no que se refere ao seguinte apontamento:
 - Da irregularidade do critério de desempate adotado (Menor taxa secundária).
- ✓ Pela existência de **indícios de irregularidades** no Pregão n. 040/2023, em função do seguinte apontamento da Unidade Técnica:
 - Da vedação de taxa de administração negativa.

6. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Diante do exposto, propõe esta Unidade Técnica:

- O deferimento da medida liminar de suspensão do certame;
- A citação do responsável para apresentar suas razões de defesa, no prazo de até 15 (quinze) dias, tendo em vista os indícios de irregularidade apurados (caput do art.307 do Regimento Interno do TCEMG).



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME
Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação - CFEL



Belo Horizonte, 07 de novembro de 2023.

Natália Tarabal Oliveira
Analista de Controle Externo
TC 3359-3