

Análise de Defesa

Processo nº: 1156611 - 2023

Natureza: Análise de Defesa

Relator: Conselheiro Substituto Telmo Passareli

Data de Autuação: 22/09/2023

1. Introdução

Trata-se de Denúncia formulada por Mega Vale Administradora de Cartões e Serviços Ltda., com pedido de medida cautelar de suspensão de licitação, em face de supostas irregularidades no Processo Licitatório nº. 126/2023 – Pregão Eletrônico nº. 040/2023, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Nova Era, cujo objeto é “[...] 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).” (peça nº. 2, SGAP).

A Denunciante apontou, em síntese, a existência de irregularidade no critério de desempate adotado (menor taxa secundária) no item 19.3 do Termo de Referência, qual seja:

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

(...)

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. GN

2º - Persistindo o empate será realizado o sorteio.

Após a autuação, recebimento e distribuição da Denúncia, o Relator, Conselheiro Substituto Telmo Passareli, antes da decisão sobre a medida cautelar pleiteada, 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 nº. 6, SGAP).

Cumprida a determinação pelos Responsáveis (peças nº. 10 a 17 do SGAP), o Relator, tendo em vista a constatação da alteração do item 19.3 do Termo de Referência que excluiu a previsão de utilização da taxa de credenciamento como critério de desempate, indeferiu o pedido de medida cautelar formulado nos autos, por considerá-lo prejudicado (peça nº. 19, SGAP).

Em seguida, os autos foram encaminhados a esta Coordenadoria para análise inicial, que, mediante relatório à peça nº. 26 do SGAP, manifestou pela improcedência da Denúncia. Porém, concluiu pela ilegalidade da vedação de taxa de administração negativa prevista no Termo de Referência, Anexo I do Edital do Pregão Eletrônico nº. 040/2023, sugerindo, em razão dessa irregularidade, o deferimento de medida cautelar.

Em sede de manifestação preliminar (peça nº. 28, SGAP), o Ministério Público de Contas de Minas Gerais – MPC-MG, informou que não tinha aditamentos a fazer e opinou pela citação dos responsáveis para apresentação de esclarecimentos e documentos que entendessem pertinentes sobre todos os apontamentos realizados pelo denunciante e pela unidade técnica do TCEMG.

Os autos então retornaram ao Conselheiro Relator, que, novamente, antes de manifestar sobre a medida cautelar sugerida pela Unidade Técnica, determinou a intimação dos Srs. Edmar Gonçalves, Pregoeiro, e Txai Silva Costa, Prefeito Municipal, subscritores do edital e do Termo de Referência, para que encaminhassem ao Tribunal cópia da ata da sessão de julgamento das propostas do Pregão Eletrônico nº. 40/2023 e de toda a documentação que a sucedeu, inclusive eventuais contratos assinados e ordens de fornecimento (peça nº. 29, SGAP).

Os Responsáveis manifestaram às peças nº. 33/56, SGAP, apresentando a documentação solicitada e defendendo a manutenção do indeferimento da medida cautelar.

O Relator manifestou à peça nº. 68 do SGAP, indeferindo o pedido de medida cautelar formulado nos autos por esta Unidade Técnica e determinando a todos subscritores do edital do Pregão Presencial nº. 40/2023, Processo Licitatório nº. 126/2023, para, caso quisessem, apresentassem defesa, no prazo de 15 (quinze) dias, acerca das irregularidades apontadas nos autos.

Os Responsáveis apresentaram a sua defesa em conjunto, sendo ela juntada à peça nº. 86 do SGAP, tendo eles manifestado tanto em relação à Denúncia inicial, que foi tida como improcedente após a notícia de que teria sido excluído do edital o critério de desempate combatido pelo Denunciante, quanto à irregularidade relativa a taxa de administração negativa, objeto de apontamento feito por esta Coordenadoria. Ao final, os Defendentes requereram a “[...] reforma do entendimento adotado por este Egrégio Tribunal de Contas quanto a não aplicação aos servidores públicos municipais das regras do artigo 3º, da Lei 14.442/2022, em especial para determinar a inadmissibilidade de taxas inferiores a zero nas licitações que tenham por objeto a contratação de gestão de cartão-alimentação. ”

2. Análise de Defesa

2.1 Apontamento:

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

2.1.1 Razões de defesa:

A Denunciante alegou, em síntese, que o critério de desempate seria o de menor percentual cobrado pela empresa aos estabelecimentos credenciados, o que ocasionaria a interferência da Administração na relação comercial entre as licitantes e sua rede credenciada (peça nº. 2, SGAP).

Em sua defesa constante da peça nº. 10 do SGAP, os Responsáveis reconheceram a procedência da Denúncia e informaram que a Administração Municipal alterou a regra editalícia combatida com a exclusão, do Termo de Referência, do critério de desempate baseado no percentual que a empresa contratada cobraria dos comerciantes.

A nova redação determinou que o desempate dar-se-ia por sorteio, nos seguintes termos:

“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), com preferência para ME/EPP. ” (sic)

2.1.2 Análise das razões de defesa:

Os Responsáveis (peças nº. 10 a 17 do SGAP), ao reconhecerem a procedência da Denúncia, excluíram do edital a previsão de utilização da taxa de credenciamento como critério de desempate (peça nº. 19, SGAP), fato este que põe fim ao interesse processual do autor quanto a esse apontamento.

Pelo exposto, considerando a retificação do Termo de Referência e a consequente exclusão do critério de desempate apontado, esta Unidade Técnica, neste exame de defesa, ratifica o entendimento adotado na análise inicial, que foi pela improcedência do apontamento

2.2 Apontamento:

Da vedação de taxa de administração negativa.

2.2.1 Razões de defesa:

O Termo de Referência, no item 19.3 do Anexo I do Edital de Pregão Eletrônico nº. 040/2023, ao tratar do critério de julgamento do certame, previu que seria escolhida a proposta que apresentasse 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. ”

No mesmo item 19.3, foi anexado excerto de decisão do Tribunal de Contas da União, nos seguintes termos:

Acórdão 459/2023 Plenário (Representação, Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer) Licitação. Proposta. Preço. Limite mínimo. Taxa de administração. Vale refeição. Auxílio-alimentação. Vedação. Em licitações para prestação de serviços de administração, intermediação e fornecimento de benefício alimentação e refeição, é vedada a apresentação de proposta de preço com taxa de administração negativa (art. 3º, inciso I, da Lei 14.442/2022).

Em sede de análise inicial, esta Coordenadoria concluiu pela existência de indícios de irregularidade no Pregão Eletrônico nº. 040/2023, em razão da disposição que vedava à apresentação de taxas negativas. Diante dessa constatação, sugeriu-se a adoção de medida cautelar de suspensão de certame.

Na sequência, após determinação do Conselheiro Relator de citação, os Responsáveis, em sua defesa constante das peças nº. 33/56, SGAP, argumentaram que

“[...] a aceitação de uma taxa de administração negativa na contratação de implementação, gerenciamento e administração de cartão alimentação não só se revela prejudicial para a Administração Pública, mas também para o próprio servidor público,

que deveria ser o principal beneficiado nessa relação contratual. Com a implementação de uma taxa de administração negativa, o servidor sofre os impactos do desequilíbrio nessa relação contratual.

Entenderam, ainda, que é estranho o fato de uma empresa conseguir sobreviver com taxas de administração negativas. Para ilustrar esse pensamento, trouxeram aos autos decisão do Tribunal do Estado do Paraná no processo nº 372431, Acórdão de nº 3/23, nos seguintes termos:

(...)

Como forma de contribuir a este debate, agrego a este contexto que aparentes “prejuízos” decorrentes da concessão de desconto na taxa de administração, por óbvio, não seriam assumidos pelos prestadores do serviço, mas sim, ao menos em certa medida, repassados aos usuários finais – no caso, os servidores da Câmara. Em outras palavras, haveria uma “usurpação” da finalidade precípua da prestação, haja vista que os seus destinatários estariam impedidos, na prática, do recebimento de tais benefícios pelos valores reais de mercado.

Da mesma forma, colacionaram aos autos o entendimento do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo no julgamento do processo nº 03942/2022-1:

O principal propósito normativo da vedação ao oferecimento de taxa negativa foi regulamentar as regras reprováveis de mercado, visando à proteção aos direitos dos trabalhadores, visto que a permissão desse modelo de contratação se reverte em desfavor dos usuários dos cartões magnéticos de alimentação, que possivelmente suportarão os custos da taxa negativa “ofertada” pela empresa contratada.

Continuaram narrando que

“Ainda no julgamento do processo nº 03942/2022-1 do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, merece destaque a transcrição do posicionamento do Ministério Público de Contas daquela Corte do parecer expedido no processo TC-010031.989.22-1:

“ainda que os servidores do ente licitante, na condição de estatutários, não estejam sujeitos às regras da CLT, há que se reconhecer (...) que a vedação ao oferecimento de taxa de administração negativa possivelmente se reverte em benefício dos usuários dos cartões, e que os atos da Administração não devem se ater ou se balizar por práticas correntes do mercado, mas sim priorizar, antes de tudo, os interesses do povo – posicionado, nas relações ora discutidas, na vulnerável condição tanto de terceiro alheio à avença como de consumidor, que suportará os custos da taxa negativa. Isto porque as empresas prestadoras dos serviços repassam seus custos aos estabelecimentos comerciais

que, por sua vez, os refletem nos preços finais dos produtos e serviços, impactando diretamente no poder aquisitivo do servidor”.

No desfecho do processo 03942/2022-1, o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo optou pela instauração do Incidente de Prejulgado, com o propósito de obter uma manifestação sobre a aplicabilidade, ou não, da restrição prevista no artigo 3º da Lei n.º 14.442/22 no âmbito da Administração Pública.

Os responsáveis demonstraram que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo firmou novo entendimento sobre a matéria, a partir da decisão exarada nos autos do processo TC009245.989.22-35, passando a considerar possível a vedação à taxa negativa.

Também, teceram considerações acerca da possibilidade de aplicação de Lei n.º. 14.442/2022 aos servidores públicos.

2.2.2 Análise das razões de defesa:

Neste exame de defesa, não obstante os argumentos apresentados pelos Responsáveis, mormente daqueles constantes das decisões dos Tribunais de Contas da União, de São Paulo, do Paraná e do Espírito Santo, reafirma-se o entendimento adotado por esta Corte de Contas, mencionados anteriormente, no sentido de que é permitido a apresentação de taxas de administração negativas.

Também, reafirma-se o entendimento de que a MP n.º. 1.108/2022, convertida na Lei n.º. 14.442/2022, aplica-se apenas às pessoas jurídicas empregadoras regidas pelas regras celetistas, beneficiárias da dedução do imposto de renda calculado sobre o lucro tributável instituída pelo PAT, restando claro, novamente, que no âmbito da Administração Pública, permite-se a adoção de taxas negativas de administração.

Por último, reafirma-se o entendimento de que

“[...] 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 n.º. 14.442/2022, além de representar intromissão indevida na formulação dos preços pelas empresas licitantes, atividade tipicamente privada.

Portanto, conclui-se pela rejeição das alegações de defesa.

2.2.3 Medidas sugeridas após a análise de defesa:

Esta Unidade Técnica indica como responsáveis pela irregularidade de vedação de taxa de administração negativa os Srs. Txai Silva Costa, Prefeito do Município de Nova Era; Edmar Gonçalves, Pregoeiro Municipal; Helvécio Ermelindo Ferreira, Secretário de Obras e Serviços Urbanos; Marxiley Lima Azevedo, Secretário de Água e Esgoto e as Sras. Poliana Aparecida Barbosa de Souza Baeta, Secretária de Saúde; Verônica Bueno Silva, Secretária de Desenvolvimento Econômico e Social e Paula Martins da Costa Drumond, Secretária de Administração, todos subscritores do edital do Pregão Presencial nº. 40/2023, Processo Licitatório nº. 126/2023.

Os indiciados, ao subscreverem o edital e seus anexos com a irregularidade de vedação de taxa de administração negativa, agiram em afronta ao dever de cuidado objetivo que deles se esperava, considerando-se o nível normal (médio ou mediano) de diligência esperado dos agentes públicos, estando, portanto, caracterizado erro grosseiro, conforme a interpretação dada ao art. 28 do Decreto-Lei 4657/1942 (LINDB) pelos recentes julgados do Tribunal de Contas da União¹ e deste Tribunal de Contas².

Atrai-se, portanto, a responsabilização dos agentes públicos, motivo pelo qual esta Unidade Técnica se manifesta pela aplicação de multa, por ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial nos termos do art. 85, *caput* e inciso II, da Lei Complementar Estadual nº. 102/2008.

3. Conclusão

Após a análise, esta Unidade Técnica se manifesta pela rejeição das razões de defesa apresentadas pelos defendentes, no que se refere ao seguinte apontamento:

- Da vedação de taxa de administração negativa.

4. Proposta de encaminhamento

Diante do exposto, propõe esta Unidade Técnica:

- A aplicação da sanção de multa, prevista no art. 85, II, da Lei Complementar Estadual nº 102/2008.

¹ Vide Acórdão nº 2.012/2022, 2ª Câmara, Relatoria Antônio Anastasia, s. 03/05/2022.

² Vide Denúncia n. 1088751. Rel. Cons. Wanderley Ávila. Sessão do dia 02/06/2022. Disponibilizada no DOC do dia 07/06/2022. Colegiado. Segunda Câmara.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais
Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação



- A expedição de recomendação para que não incorram nas mesmas irregularidades em processos licitatórios futuros, nos termos do inciso III do art. 275 da Resolução nº 12/2008 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais).

Belo Horizonte, 13 de março de 2023.

Filipe Eugênio Maia Ballstaedt

Analista de Controle Externo

TC 1457-2

De acordo. Em 13/03/2024 encaminho os autos ao Ministério Público de Contas, conforme determinação de peça nº. 68 do SGAP.

Henrique Haruhico de Oliveira Kawasaki

Coordenador

TC 3240-6