



PROCESSO ADMINISTRATIVO N.º 2612/2023

RESPOSTA A IMPUGNAÇÃO APRESENTADA EM FACE DE EDITAL DE LICITAÇÃO.

PREGÃO PRESENCIAL Nº 051/2023.

**OBJETO:** "SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO, GERENCIAMENTO, EMISSÃO E FORNECIMENTO DE DOCUMENTOS DE LEGITIMAÇÃO – VALE-ALIMENTAÇÃO, NA FORMA DE CARTÃO ELETRÔNICO, MAGNÉTICO OU DE TECNOLOGIA SIMILAR, PARA OS SERVIDORES QUE PRESTAM SERVIÇOS NA PREFEITURA DE SÃO JOAQUIM DA BARRA, PARA AQUISIÇÃO DE ALIMENTOS EM ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS CREDENCIADOS, CONFORME ESPECIFICAÇÕES CONSTANTES DO TERMO DE REFERÊNCIA QUE INTEGRA ESTE EDITAL COMO ANEXO I."

**IMPUGNANTE:** BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA, inscrita no CNPJ nº 16.814.330/0001-50, com sede na Avenida Marcos Penteado de Ulhôa Rodrigues, nº. 939, Andar 8, Torre 1 – Edifício Tamboré, CEP 06.460-040, na cidade de Barueri/SP.

#### 1 – BREVE HISTÓRICO:

O município de São Joaquim da Barra/SP deu início a processo licitatório destinado à contratação descrita no objeto em epígrafe, cujas especificações constam do respectivo Edital de licitação.

A empresa BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA, acima qualificada, apresentou impugnação ao Edital, alegando em síntese, que este apresentaria ilegalidades por não permitir que as licitantes ofertassem lances com base em taxas negativas. Além disso, a impugnante requer à Administração Municipal, a alteração do edital para a adoção do critério de julgamento cm base no maior retorno econômico.

Em apertada síntese, alega a impugnante:

*"O edital do certame em epígrafe estabelece que as empresas participantes da licitação não poderão ofertar taxas de administração negativa para o órgão público, de modo a cercear a competitividade, e a busca pela proposta mais vantajosa por parte da Administração Pública."*

*"Como se sabe, é de praxe que nas licitações para fornecimento de vale alimentação e/ou refeição haja a oferta de taxas negativas, já que é a melhor forma que as empresas do ramo encontraram para poder disputarem o melhor preço para a Administração."*

*"Como foi abordado no início desta explanação, as novas formas de pagamento trazidas com o avanço tecnológico permitem que as*



*empresas que gerenciam o valor a ser depositado para os servidores forneçam benesses a seus usuários, seja como uma adição nos valores pagos pelo órgão, seja em forma de cash back, ou seja, de retorno de parte do valor pago ao próprio cartão do servidor.*

*Isso faria com que as empresas que participam das licitações com a finalidade de fornecer vale alimentação/refeição possam disputar o MAIOR RETORNO ECONÔMICO AO PRÓPRIO SERVIDOR PÚBLICO, que, ao fim e ao cabo, é o principal sujeito de todo o imbróglio que permeia a referida discussão.”*

Ao final, requer:

*“A retificação do edital em epígrafe, para permitir a oferta de taxas negativas pelas empresas, favorecendo a economicidade do órgão público, bem como proporcionando vantagem aos sofreres públicos, privilegiando a competitividade do certame e a busca pela proposta mais vantajosa;*

*Por fim, caso não seja o entendimento de permitir a oferta de taxas negativas diretamente à Municipalidade, haja a retificação do edital para que possibilite às empresas a competição, julgando a proposta conforme o maior retorno econômico ao servidor, ou maior bonificação ao servidor, permitindo a busca pela melhor proposta e evitando que o certame seja decidido por sorteio.”*

## 2 – FUNDAMENTAÇÃO:

Analisando o mérito da impugnação apresentada, temos que o cerne da questão gira em torno da vedação da possibilidade de oferta de taxas negativas pelas licitantes na fase de lances.

Assiste razão à Administração Municipal quanto à vedação, pois, tal posicionamento vai ao encontro da jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

De início, é necessário evidenciar que a Administração Pública, há muito tempo, realizava processos licitatórios, em sua maioria na modalidade pregão, cujo critério de julgamento levava em consideração a menor taxa de administração oferecida. Na totalidade dos casos, a empresa vencedora ofertava taxa de administração negativa, ou seja, oferecia taxa menor que zero. Tal prática também era usual no meio privado.

Assim como em outras tantas situações, o critério de julgamento relacionado à taxa de administração virou prática usual, sendo aceita inclusive pelos órgãos de controle.

Tal situação, quanto ao oferecimento de taxa negativa, entretanto, sempre se mostrou nebulosa uma vez que não é crível que uma empresa receba para executar um serviço, valor menor do que o necessário para cobrir os seus custos.



Obviamente que o aparente prejuízo jamais existiu de fato e os lucros das empresas vinham de manobras que levavam terceiros a pagarem pela diferença causada pela taxa negativa.

Com o passar do tempo, o vale alimentação e o vale refeição passaram a ser submetidos a novas regras. Entre novembro de 2021 e março de 2022, o Governo Federal editou duas normas que mudaram alguns critérios referentes à concessão desses benefícios aos trabalhadores. As novidades foram descritas no Decreto Federal nº 10.854/2021, na Medida Provisória nº 1.108/2022 e depois na Lei Federal nº 14.442/2022.

Dentre as novas regras está aquela que proibiu a prática pelas fornecedoras de vale refeição e vale alimentação de conceder descontos aos entes públicos ou privados que vierem a lhes contratar, prática esta batizada de taxa negativa.

O novo entendimento toma como base o fato de que a taxa negativa se traduz em prejuízo aos trabalhadores que recebem o benefício. Segundo o Governo Federal, responsável pela regulamentação do setor, o desconto oferecido ao empregador era compensado posteriormente, quando a fornecedora do benefício cobrava uma taxa mais alta de mercados e restaurantes que, por sua vez, repassava esta taxa aos beneficiários.

Grosso modo, o valor referente ao desconto acabava sendo repassado ao próprio trabalhador, o que, na realidade, desvirtuava a política pública pois retirava do beneficiário esta condição.

O início da mudança da forma de contratação dos serviços de administração do vale alimentação veio com o advento do Decreto nº 10.854/2021, que em seu artigo 175 estabeleceu o seguinte:

*“Art. 175. As pessoas jurídicas beneficiárias, no âmbito do contrato firmado com fornecedoras de alimentação ou facilitadora de aquisição de refeições ou gêneros alimentícios, não poderão exigir ou receber qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado, prazos de repasse que descaracterizem a natureza pré-paga dos valores a serem disponibilizados aos trabalhadores, ou outras verbas e benefícios diretos ou indiretos de qualquer natureza não vinculados diretamente à promoção de saúde e segurança alimentar do trabalhador.”*

Este foi o primeiro passo verdadeiramente relevante na direção da mudança, pois proibiu os deságios ou descontos.

Mais adiante foi editada a Medida Provisória nº 1.108/2022, que restou convertida na Lei nº 14.442/2022, dispondo o seguinte em seu artigo 3º, inciso I:



*"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;"*

Para a contratação desse tipo de objeto, em face do artigo 3º, inciso I, da Lei nº 14.442/2022, nenhum tipo de deságio pode existir. Ao que parece, o Congresso Nacional, dentro dos limites da competência assegurada pelo artigo 44 da Constituição Federal, encerrou o assunto ao proibir, sem exceções, a prática de taxa de administração negativa, o que também vale para as licitações e respectivos contratos administrativos.

Por muito tempo os editais de licitação induziram as práticas do mercado, de modo que, ao final, licitantes se utilizavam de critérios subjetivos para a obtenção de valores fora do contrato que suportariam um valor de taxa negativa ou um desconto, vindo depois o repasse dissimulado de custos para os valores cobrados dos usuários finais dos cartões de vale alimentação nos estabelecimentos comerciais.

Assim como não poderia deixar de ser, a questão chegou aos Tribunais de Contas que passaram a decidir sobre a matéria.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo passou a decidir pela impossibilidade de contratação de empresas fornecedoras de cartão vale alimentação através de taxa negativa. Em um primeiro momento a proibição se dava apenas para os órgãos públicos que faziam parte do PAT - Programa de Alimentação do Trabalhador.

Entretanto, em Sessão Plenária ocorrida em 6 de abril de 2022, a Corte de Contas Paulista firmou jurisprudência no sentido de proibir, a todos os órgãos públicos do Estado de São Paulo, ainda que não participantes do PAT, a contratação de serviços de administração de vale alimentação através de taxa negativa. Vejamos:

*EMENTA: REPRESENTAÇÃO CONTRA O EDITAL. PREGÃO PRESENCIAL. TAXA NEGATIVA. INDEFERIMENTO. A vedação ao oferecimento de taxa de administração negativa prevista no edital, mesmo por Entidades não filiadas ao PAT, não denota qualquer ilegalidade ao certame.*

*(...)*

*De fato, recorde que em nossa última reunião – dia 23 de março deste ano -, o Plenário, em acolhimento ao r. voto do Eminentíssimo Conselheiro Renato Martins Costa, aceitou a vedação à taxa negativa, especificamente porque naquela situação a CETESB, beneficiária ativa do PAT (Programa de Alimentação do Trabalhador), estaria obrigada a atender aos parâmetros insculpidos no Decreto nº 10.854/21, cujo artigo 175 proíbe o recebimento de qualquer tipo de deságio ou*



*imposição de descontos sobre o valor contratado(TC-5627.989.22-1). Todavia, compreendo que tal raciocínio possa ser estendido, de forma mais ampla, aos demais Entes promovedores dos certames, independentemente da inscrição naquele programa. (TC-009245.989.22-3 - Conselheiro Robson Marinho Tribunal Pleno – SEÇÃO MUNICIPAL Sessão: 6/4/2022).*

Restou evidenciado que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo passou a estender a aplicabilidade do artigo 3º, I da Lei 14.442/2022 a todas as entidades da administração pública, independentemente de inscrição no PAT, proibindo assim, a ocorrência de taxa de administração negativa em contratos do tipo sob quaisquer circunstâncias.

O entendimento acima relatado vem se mostrando como a tendência jurisprudencial dos órgãos de controle. O Tribunal de Contas do Estado do Paraná também parece estar em fase de alteração de sua jurisprudência. Referida corte de contas chegou a proferir decisões favoráveis a empresas que fizeram representações contra editais de licitações que proibiam a taxa negativa para a contratação de serviços de administração dos cartões de vale alimentação. A título de exemplo podemos citar o processo nº 691880/22 relativo à representação formulada junto à Corte tendo como representado o município de Piraí do Sul e o processo nº 372431/22, relativo à representação formulada junto à Corte diante do município de Santo Inácio. Neste último, uma empresa demandou a suspensão liminar do Pregão Eletrônico nº 32/2022, promovido para contratar fornecedora de cartões de vale-alimentação destinados aos servidores públicos municipais. O motivo da representação foi a impossibilidade expressa no edital de os licitantes proporem taxa de administração negativa no certame.

Em agosto de 2022, o Pleno do TCE-PR homologou medida cautelar proferida pelo relator do processo, conselheiro Ivan Bonilha, para interromper o andamento da disputa, pois, até então, a jurisprudência do TCE-PR considerava possível a cobrança de taxa negativa, já que as empresas prestadoras desse tipo de serviço teriam outras fontes de receita, o que não tornaria as propostas inexequíveis.

No entanto, a decisão é anterior à publicação da já citada Lei nº 14.442 de 2 de setembro de 2022. Por essa razão, o conselheiro Ivan Bonilha, a despeito de ter defendido, por ora, a manutenção da medida cautelar que suspendeu a licitação de Santo Inácio, manifestou-se pela instauração de Incidente de Prejudicado sobre o assunto. Os demais membros do órgão colegiado do Tribunal acompanharam, de forma unânime, o voto do relator na sessão ordinária nº 1/2023, realizada em 2 de fevereiro de 2023. Diante disso, é possível que a matéria seja reapreciada e, ao final, a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado do Paraná seja alterada, passando a proibir a permissão de taxa negativa nas licitações públicas, nos mesmos moldes adotados pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.



A decisão está contida no Acórdão nº 3/23 – Tribunal Pleno, publicada no dia 8 de fevereiro de 2023, na edição nº 2.918 do Diário Eletrônico do TCE-PR. Vejamos:

*“Referido entendimento, contudo, é anterior à Medida Provisória n.º 1.108/22, recentemente convertida na Lei n.º 14.442, de 02 de setembro de 2022. Nesse caso, com vistas a uniformizar e atualizar a jurisprudência desta Corte – considerando a recente legislação sobre o tema e a relevância da matéria para os jurisdicionados –, acompanho o opinativo do órgão ministerial quanto à necessidade de INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE PREJULGADO, nos termos dos artigos 79[5] da Lei Orgânica e 410[6] do Regimento Interno desta Corte, para deliberar sobre a aplicabilidade, ou não, da restrição contida no artigo 3º da Lei n.º 14.442/22 no âmbito da Administração Pública. Até decisão definitiva do referido incidente de prejudgado, deverão os presentes autos permanecer sobrestados na Coordenadoria de Gestão Municipal.”*

Ocorre que, na prática, a nova determinação legal e o novo entendimento jurisprudencial a respeito do tema levaram as licitações públicas destinadas à contratação do objeto em questão, a serem decididas através de sorteio nos termos do art. 45, § 2º da Lei 8.666/93. Ora, se as empresas licitantes disputavam os certames oferecendo taxas negativas, obviamente que todas elas passaram a apresentar propostas com taxa zero, pois esta é a menor taxa permitida.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo não se opõe ao fato de as licitações estarem sendo decididas por sorteio.

Vale destacar entretanto, a título de informação, que existe a possibilidade de a jurisprudência da Corte Paulista ser novamente alterada, agora para permitir que as contratações das empresas para o fornecimento e administração dos cartões de vale alimentação sejam realizadas através de credenciamento que é definido pela nova lei de licitações, Lei Federal nº 14.133/2021, como sendo um instrumento auxiliar às licitações públicas. O Tribunal, em sessão plenária de 1 de março de 2023, em sede de exame prévio de edital (TC-021288.989.22-1), foi instado a julgar o caso do município de Itu que se utilizou do Credenciamento para a contratação dos mencionados serviços ao invés de processo de licitação.

Os órgãos de assessoramento do Tribunal foram unânimes quanto à necessidade de anulação dos procedimentos adotados pelo município de Itu por entenderem que o credenciamento só pode ser utilizado, dentre outros critérios, nas situações em que for inviável a competição entre interessados.

A defesa do município de Itu, sustentou em síntese, que em razão da jurisprudência da Corte de Contas Paulista proibindo a taxa negativa, não há mais possibilidade de haver competição entre as empresas do ramo uma vez que todas oferecem a menor taxa possível que é a taxa zero.



Entendemos que assiste razão à defesa do município de Itu. O processo foi retirado de pauta pelo Relator, Conselheiro Antônio Roque Citadini para melhor análise da questão.

Em que pese haver muita plausibilidade quanto à adoção do credenciamento para as contratações de empresas para a administração de cartões de vale alimentação, entendemos que, por prudência, tal mecanismo não deve ser utilizado até que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo tenha um posicionamento definitivo a respeito da questão.

Há que se ressaltar, porém, que, mesmo que o Tribunal passe a permitir a utilização do Credenciamento, o entendimento quanto à proibição da taxa negativa permanecerá.

Por fim, fica demonstrado que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, admite, quando da contratação pelos municípios, de empresas para administração e fornecimento de vale alimentação, a adoção da modalidade licitatória pregão, com o critério de julgamento pela menor taxa. A única proibição é quanto à permissão de taxa negativa.

Diante de tudo, não há como os municípios paulistas adotarem posicionamento contrário à jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo que é o seu órgão fiscalizador por excelência, cuja competência de atuação abarca a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, etc. Permitir a oferta de taxas negativas no pregão que ora analisamos levaria à anulação do certame pelo Tribunal de Contas.

Ainda que o certame seja decidido através de sorteio, nos termos da Lei 8.666/93, o que é bem provável, o município estará atendendo tanto o entendimento do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo quanto à legislação que rege a matéria.

Com relação à sugestão de adoção, pela Administração, do critério de julgamento pelo maior retorno econômico, tendo como beneficiário do retorno o servidor que faz jus ao vale alimentação, entendemos não haver tal possibilidade.

Tal critério de julgamento foi introduzido ao mundo jurídico através da Lei nº 12.462/2011 que tratou do "Regime Diferenciado de Contratação". A nova lei de licitações, Lei nº 14.133/2021, trouxe a previsão de adoção do mesmo critério em seu art. 33, VI, da Lei nº 14.133/2021. Vejamos:

*"Art. 33. O julgamento das propostas será realizado de acordo com os seguintes critérios:*

*(...)*

*VI - maior retorno econômico."*

Já no artigo 39 da referida lei, temos a hipótese de utilização do critério de julgamento pelo maior retorno econômico, bem como, as diretrizes a serem observadas pelos licitantes e pela Administração Pública. Vejamos:

*"Art. 39. O julgamento por maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contrato de eficiência,*



*considerará a maior economia para a Administração, e a remuneração deverá ser fixada em percentual que incidirá de forma proporcional à economia efetivamente obtida na execução do contrato.*

*§ 1º Nas licitações que adotarem o critério de julgamento de que trata o caput deste artigo, os licitantes apresentarão:*

*I - proposta de trabalho, que deverá contemplar:*

*a) as obras, os serviços ou os bens, com os respectivos prazos de realização ou fornecimento;*

*b) a economia que se estima gerar, expressa em unidade de medida associada à obra, ao bem ou ao serviço e em unidade monetária;*

*II - proposta de preço, que corresponderá a percentual sobre a economia que se estima gerar durante determinado período, expressa em unidade monetária.*

*§ 2º O edital de licitação deverá prever parâmetros objetivos de mensuração da economia gerada com a execução do contrato, que servirá de base de cálculo para a remuneração devida ao contratado.*

*§ 3º Para efeito de julgamento da proposta, o retorno econômico será o resultado da economia que se estima gerar com a execução da proposta de trabalho, deduzida a proposta de preço.*

*§ 4º Nos casos em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência:*

*I - a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração do contratado;*

*II - se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior ao limite máximo estabelecido no contrato, o contratado sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis."*

Pela simples leitura do texto legal, é possível concluir que o critério de maior retorno econômico, principalmente nos moldes propostos pela impugnante, não pode ser utilizado para a contratação do objeto descrito no pregão ora analisado.

Ocorre que o maior retorno econômico deve ser utilizado nos casos em que a Administração Pública pretende firmar os contratos de eficiência, definidos pelo inciso LIII do Art. 6º da Lei nº 14.133/2021. Vejamos:

*"Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:*

*(...)*

*LIII - contrato de eficiência: contrato cujo objeto é a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, remunerado o contratado com base em percentual da economia gerada;"*

Vale observarmos o posicionamento da melhor doutrina a respeito do tema:

*"Este tipo de contrato é mais comumente utilizado no caso de serviços de fornecimento de água, energia elétrica e telefonia.*



*Nesse tipo de contratação será utilizado, exclusivamente, o critério de julgamento por maior retorno econômico, ou seja, o vencedor será aquele cuja proposta oportunizar o maior resultado para a estatal: montante economizado deduzido da remuneração do contratado.”*  
(Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14133/21 Comentada por Advogados Públicos / organizador Leandro Sarai – 2.ed. – São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.)

Diante de tudo, resta evidente que o critério de julgamento proposto pela impugnante não pode ser utilizado para o tipo de contratação que se pretende efetivar através do Pregão Presencial nº 051/2023.

**3 - DECISÃO:**

Ante todo o exposto e, levando em consideração o entendimento jurisprudencial pacificado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, recebo a impugnação apresentada porque tempestiva, e no mérito DECIDO PELO SEU INDEFERIMENTO.

Encaminho os autos ao Departamento Jurídico, para análise e parecer, e após o processo segue para o Senhor Prefeito, para decisão final.

São Joaquim da Barra, 6 de outubro de 2023.

*Mayara L. Bregantin*  
**Mayara Lemos Bregantin**  
Pregoeira

*Acompanho a Sua  
Pregoeira por seus motivos.*

*[Handwritten Signature]*  
Leonardo A. Salgueiro P. U.  
OAB/SP N.º 277.200  
Procurador Jurídico  
06/10/23



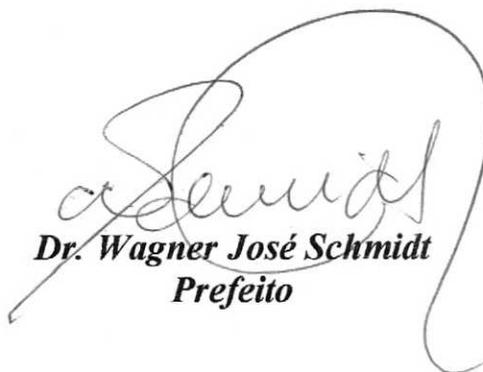
**PREGÃO PRESENCIAL N° 051/2023.- PROCESSO ADMINISTRATIVO N.º 0343/2023**  
**PROCESSO ADMINISTRATIVO N.: 2612/2023 - IMPUGNAÇÃO**

**GABINETE DO PREFEITO**

*Acolho os pareceres dos Departamentos de  
Licitação e Jurídico.*

*Ao Departamento de Licitação para as  
providências necessárias.*

*São Joaquim da Barra, 06 de outubro de 2023.*

  
**Dr. Wagner José Schmidt**  
**Prefeito**