

PREFEITURA DE SÃO JOAQUIM DA BARRA-SP



Setor de Secretaria

Protocolo 0000002612 / 2023

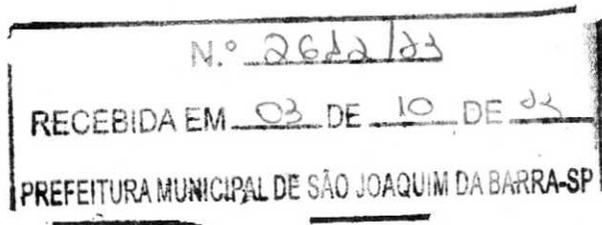
BK INSTITUICAO DE PAGAMENTO LTDA

IMPUGNACAO

ENCAMINHA VIA E-MAIL PEDIDO DE IMPUGNACAO AO
EDITAL DE LICITACAO - PREGAO Nº 051/2023

03/10/2023

2023



ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DA PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO JOAQUIM DA BARRA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: IMPUGNAÇÃO DE EDITAL DE LICITAÇÃO

REPRESENTANTE: BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA

REPRESENTADO: PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO JOAQUIM DA BARRA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PREGÃO Nº. 051/2023

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, Estado de São Paulo, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**, com fundamento no §1º e §3º, do art. 41 da Lei 8.666/93, pelos motivos de fato e de direito que passa a expor.

1. DA TEMPESTIVIDADE

A data de início para abertura das propostas está prevista para o dia 09/10/2023.

"As impugnações podem ser apresentadas até 02 (dois) dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, nos termos do item 8.1 do edital."

Deste modo, a presente representação da Impugnação ao Edital, nesta data 03/10/2023, é tempestiva.

licitacao@bkbank.com.br •
www.bkbank.com.br •
0800 901 0203 •



2. DOS FATOS

A Representante é empresa que atua no ramo de fornecimento de Cartão Alimentação e Refeição, com ampla experiência na prestação de serviços à órgãos públicos, participando ativamente de processos licitatórios.

Tomou conhecimento que a **PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO JOAQUIM DA BARRA DO ESTADO DE SÃO PAULO** publicou Edital cujo objeto é *“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.”*

Contudo, referido edital contém exigências que inviabilizam a competição no certame, bem como infringem diversos princípios e leis que regulam as contratações públicas, conforme será amplamente demonstrado a seguir.

3. DA VEDAÇÃO A TAXAS NEGATIVAS

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. Vejamos:

“Fica vedado a aplicação de qualquer tipo de desconto e/ou taxa administrativa negativa”

Logo, como é óbvio perceber, não é possível que a Municipalidade utilize o critério de julgamento **MENOR PREÇO** sem permitir que as empresas ofertem taxas negativas, já que o menor valor só poderia ser conseguido por meio de valores que representam descontos sobre o valor global.

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.

Isso, contudo, não importa dizer que a proposta ofertada pela empresa seja inexecutável, já que as empresas que gerenciam tais cartões possuem outras formas de auferir lucros durante a execução do contrato, como, por exemplo, a taxa de administração cobrada dos estabelecimentos credenciados, ou a custódia dos valores transacionados.

Logo, temos que a taxa negativa, além de não importar proposta inexecutável, importa desconto à Administração Pública, o que privilegia o orçamento público, já que a Administração Pública está economizando dinheiro público que é gasto com seu pessoal.

Nesse sentido, temos privilegiado também princípio da economicidade, inerente às contratações públicas, que tem como finalidade precípua o resguardo dos cofres públicos, devendo a Administração buscar sempre economizar o máximo ao realizar suas contratações.

Ademais, como já é possível deduzir, sem que seja possível a oferta de taxas negativas, **Administração Pública está licitando à revelia dos princípios que norteiam as contratações públicas, notadamente ao princípio da busca pela proposta mais vantajosa, já que a contratação sem taxas negativas não leva nenhuma vantagem à Administração.**

Sobre a busca pela proposta mais vantajosa, o Nobre Doutrinador Marçal Justen Filho, que nos ensina:

A vantagem caracteriza-se como a adequação e satisfação do interesse geral por meio da execução do contrato. A maior vantagem configura-se pela conjugação de dois aspectos inter-relacionados. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração, o outro se vincula à prestação a cargo do particular. A maior vantagem apresentasse quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obriga a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação custo-benefício. A maior vantagem

corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a administração pública.¹

Para registrar, consignamos o art. 3º da Lei nº. 8.666/93 que elenca os princípios que a Administração Pública deve pautar suas contratações.

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Além disso, é óbvio que a vedação de taxas negativas frustra o caráter competitivo da licitação, infringindo o §1º, I, do art. 3º da Lei nº. 8.666/93. *In verbis:*

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;

Com a impossibilidade de serem ofertadas taxas negativas, todas as empresas que forem participar do certame ofertaram taxa de 0% (zero por cento), o que levará ao empate de todas as empresas.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 65

Não é só isso, já que, ao arrepio da competição da competitividade da licitação, a mesma será resolvida por sorteio, conforme determina o §2º, do art. 45, da Lei nº. 8.666/93, já que todas as empresas cumprem os requisitos do §2º do art. 3º do mesmo diploma legal.

Note, Nobre Julgador, o perigo em que se encontram as licitações do ramo de vale alimentação/refeição, sob o risco de, por um sorteio, o objeto da presente licitação seja entregue a qualquer empresa aventureira no ramo de gerenciamento de cartões, o que coloca em risco não só a execução do contrato e o benefício dos servidores municipais, mas também o próprio erário público, que deveria ser privilegiado com a licitação, e, principalmente, o comércio local, que corre o risco de se ver numa situação de prejuízo caso a licitação seja entregue a uma empresa sem expertise e seriedade necessária para a execução do objeto.

Apenas por isso já possível perceber que a licitação sem a possibilidade de ofertas de taxas negativas não traz nenhuma vantagem para a Administração Pública, e ainda viola diversas disposições previstas na Lei Geral de Licitações.

Mas não é só isso.

A licitação em epígrafe traz como justifica para a vedação de taxas negativas a legislação que entrou em vigor no ano de 2022, qual seja, Lei nº. 14.442/2022, oriunda da Medida Provisória 1.108/2022, que estabelecer novas regras para a concessão de vale alimentação para trabalhadores que são regulados pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.

Em seu art. 3º, a Lei nº. 14.442/2022 estabelece que:

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:

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

Contudo, como é possível extrair do próprio diploma legal, que foi promulgado para alterar a CLT, NÃO PODE, EM NENHUMA HIPÓTESE, SER APLICADO AO FUNCIONALISMO PÚBLICO.

Isto porque é óbvio que as disposições aplicáveis ao setor privado, regulado pela CLT, são completamente diferentes do que as disposições aplicáveis ao setor público, já que o orçamento utilizado para custear os valores pagos a título de vale alimentação a servidores faz parte do orçamento público, **que por essência deve ser preservado, e tem regras específicas e princípios que visam a sua proteção e a sua máxima economia.**

O art. 70, da Constituição da República estabelece como um dos princípios que regulam o orçamento o princípio da economicidade. Vejamos:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

É incipiente dizer que o princípio da economicidade se relaciona verticalmente com o princípio da vantajosidade da proposta para a Administração Pública, de modo que o Administrador Público não deve se distanciar em buscar, na licitação, uma proposta que dê economia ao órgão público, possibilitando a vantagem.

Ademais, é importante salientar de forma veemente que a taxa negativa no mercado de vale alimentação/refeição não significa, de maneira alguma, que o serviço não será prestado com a eficiência que se espera, **já que, como dito anteriormente, as empresas possuem diversas outras formas para auferir lucros durante a execução contratual, além de sempre poderem expandir o seu mercado de atuação.**

Logo, isso significa desmistificar o que é colocado na Exposição de Motivos – EM da Lei nº14.442/2022, **já que não há nenhuma comprovação real de que as empresas que gerenciam os cartões vale alimentação/refeição vão “equilibrar a ‘perda’ exigindo altas taxas dos estabelecimentos comerciais credenciados”.** Para conhecimento, deixamos o item 19 da EM:

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.

Em primeiro lugar, é importante deixar consignado que **as disposições que são veiculadas na referida Lei têm o objetivo de atingir as empresas que compõem o setor privado, ou seja, que são beneficiadas do Programa de Alimentação do Trabalho – PAT, para que as mesmas não tenham um duplo benefício.**

Ainda, no âmbito da Administração Pública, a ampla maioria dos órgãos públicos não são beneficiadas do PAT, de modo que, assim sendo, não são duplamente beneficiadas em detrimento do beneficiário, pelo contrário, está sendo beneficiada com a taxa negativa, o que é justamente a pretensão da licitação e busca pela melhor proposta.

Ademais, por óbvio, **tal medida não poderia alcançar o setor público, já que um duplo benefício aos órgãos públicos seria notadamente benéfico, o que privilegiaria todo o arcabouço legal, jurisprudencial e doutrinário do ramo administrativista, que está sempre em busca de estabelecer que a Administração Pública esteja em busca de conseguir vantagens quando for realizar suas contratações.**

Além disso, não possui comprovação fática o argumento trazido na referida EM de que os servidores ficam à margem da política, e acabam sendo prejudicados com um eventual aumento de preços dos produtos no estabelecimento comercial.

Isso é muito claro já que não há redução dos valores quando o estabelecimento deixa de transacionar com cartões vale alimentação/refeição, ou seja, o

aumento ou redução dos valores dos alimentos ou produtos necessários ao atendimento do trabalhador **não está relacionado com o fato de o comércio transacionar ou não com a empresa gerenciadora de cartões.**

Até porque, comumente todos os estabelecimentos comerciais realizam transações com cartões de débito e crédito, o que, se levássemos em conta este argumento, os valores dos produtos também seriam elevados, já que no meio de pagamento via cartões de crédito e débito envolvem diversas empresas, e cada uma cobra altas taxas dos estabelecimentos, já que há um banco para o dinheiro ser alocado, uma empresa para a máquina de cartões, uma empresa para gerenciar tais valores.

Ou seja, não tem azo na realidade fática o argumento de que os estabelecimentos repassam para os consumidores eventuais taxas que as empresas gerenciadoras de cartões vale alimentação/refeição cobram para utilizarem seus sistemas, já que o comércio realiza transações com cartões de outras bandeiras e que também realizam a cobrança de taxas, e a mesma será cobrada com ou sem o deságio para a Administração Pública, o que faz com que caia por terra todo o argumento que visa impossibilitar descontos ao órgão.

Portanto, diante de tudo o que foi exposto acima, fica nítido que as disposições contidas na Lei nº. 14.442/2022 não pode servir como base para determinar a vedação de taxas negativas no setor público, já que é objetivo intrínseco da Administração Pública economizar nas suas contratações e permitir a competitividade entre as empresas, o que não é possível no caso de vedação a taxas negativas.

Assim como não há qualquer prejuízo aos beneficiários dos cartões, que, inclusive, poderiam ser beneficiados de outras formas, já que a Administração Pública, no uso de sua discricionariedade, pode estipular que as empresas disputem a licitação com o maior retorno financeiro ao servidor, como forma de bonificação no cartão vale alimentação/refeição, ou *cash back*, que seria o retorno de parte do valor da compra para o cartão do beneficiário, como passamos a demonstrar a seguir.

4. DA POSSIBILIDADE DE BONIFICAÇÃO PARA OS SERVIDORES

Como é amplamente sabido, com a chegada do século XXI, adveio um imenso avanço tecnológico, que proporcionou a todos novas formas de realizar atividades que antes eram realizadas de maneira manual ou com a necessidade de um papel em formato físico.

Uma das novas formas de se fazer as compras, então, foi a ampla dominância de cartões, notadamente cartões de débito e crédito, que todos usamos em larga escala, sendo que, tal modalidade oferece comodidade e segurança que dinheiro em espécie vem sendo deixado de lado em diversas ocasiões, como por exemplo, o pagamento de salário a funcionários, que é feito via depósito em conta, na grande maioria das vezes.

Isso não é diferente do que ocorre com o vale alimentação/refeição, que com sua chegada a um status de direito a ser concedido aos trabalhadores para se alimentar, seja em restaurantes, como uma refeição pronta, seja em supermercados, com os alimentos *in natura*, o valor do benefício deixou de ser pago em dinheiro, e deixou de ser depositado na mesma conta em que o empregador comumente paga o salário do empregado.

Até porque, por determinação legal da CLT, em seu art.457, §2º, caso o benefício fosse pago em dinheiro, faria com que o benefício deixasse de ser uma verba indenizatória e passasse a ter status de verba salarial, o que faria a ser refletida em todos os outros rendimentos do empregado.

Desse modo, grande parte das empresas privadas procuram empresas que gerenciam cartões de vale alimentação/refeição, para viabilizar o pagamento do auxílio alimentação aos seus funcionários.

O setor público também não ficou de fora dessa toada, de modo que todos os entes da federação, incluindo as empresas estatais, promovem licitações para que empresas que gerenciam tais cartões possam fornecer seus serviços aos servidores/empregados.

Obviamente, há de se destacar as especificidades que permeiam o setor privado e o público, sendo que no setor privado o que se busca é a preservação do patrimônio público, buscando a proposta mais vantajosa, viabilizando competição entre as empresas, de modo que haja economicidade na prestação dos serviços.

Nesse ínterim, como ocorre no caso em epígrafe, diversos órgãos públicos estão promovendo licitação sem que haja a possibilidade de as empresas participantes possam oferecerem taxas negativas, sob o argumento de que estão abrangidas pela novel legislação que alterou dispositivos da CLT, **mesmo sabendo que as disposições da CLT não podem ser aplicadas ao setor público, já que foram feitas, em sua essência, para serem aplicadas ao setor privado, de modo que algumas de suas disposições contrariam a legislação aplicável ao setor público, notadamente ao da economicidade.**

Contudo, visando uma nova maneira para que as empresas do ramo de fornecimento de vale alimentação/refeição possam disputar as licitações, ofertando

vantajosidade aos servidores públicos, que são os maiores beneficiários do vale alimentação/refeição, sem que haja qualquer violação tanto a novel legislação quanto a legislação pretérita, respeitando-se as disposições do que determina o direito público, **é possível que haja a modalidade de julgamento por meio de MAIOR RETORNO ECONÔMICO AO BENEFICIÁRIO.**

Explicaremos.

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 imbróglgio que permeia a referida discussão.**

Para exemplificar, caso a Administração Pública efetue o pagamento de R\$500,00 (quinhentos reais) ao servidor, a empresa participante da licitação poderia oferecer **taxa de retorno econômico com base no valor pago ao próprio servidor, ou seja, o julgamento seria feito pelo MAIOR RETORNO ECONÔMICO.**

No exemplo descrito acima, caso a empresa licitante ofereça 5% (cinco por cento), o valor de retorno econômico ao servidor será de R\$25,00 (vinte e cinco reais), o que faria com que o benefício do servidor chegasse em R\$525,00 (quinhentos e vinte e cinco reais), proporcionando ao servidor a possibilidade de ser beneficiado com a licitação, motivando-o, sem que isto custe mais aos cofres público, **havendo nítida economicidade à Administração, competitividade na licitação, e busca pela melhor proposta.**

Note, Nobre Julgador, que sem a possibilidade de que haja ofertas taxas negativas, essa seria a melhor forma para que a Administração Pública usufrua de algum benefício ao promover a referida licitação, **já que, frisa-se, não haverá alteração no valor dos produtos, como já abordado no tópico antecedente, caso eventualmente ocorra tal situação, o que não se acredita que irá ocorrer, O SERVIDOR FICARÁ RESGUARDADO, JÁ QUE ESTARIA TENDO UMA BONIFICAÇÃO NO VALOR DE SEU BENEFÍCIO.**

Exemplificando, o servidor público ficará protegido caso ocorra a situação de o comerciante repassar o valor da taxa para os produtos, o que, repita-se, não acredita que

se ocorre, já que não se vislumbra o fato de que os produtos aumentam de preço pelo simples fato de o comerciante passar a transacionar com os cartões da empresa fornecedora de vale alimentação/refeição.

Em verdade, é imperioso dizer que tal modalidade seria a mais adequada para se promover a licitação, visto que o real destinatário dos serviços seria amplamente beneficiado com a possibilidade de ter algum retorno econômico dos valores a serem pagos pelo órgão, **de modo que a finalidade precípua da licitação seria amplamente alcançada.**

Ademais, em sendo feita dessa maneira, não há como se mencionar a violação de qualquer lei vigente, já que a taxa de administração para o órgão público sempre será de 0% (zero por cento), **de modo que a taxa em disputa seria a de MAIOR RETORNO ECONÔMICO PARA O BENEFICIÁRIO.**

Para termos um exemplo concreto do que está sendo dito aqui, colacionamos como anexo a esta impugnação o edital de licitação promovido pelo Serviço Municipal Autônomo de Água e Esgoto de São José do Rio Preto/SP – SeMAE, qual seja, Pregão Eletrônico nº. 59/2023, cujo objeto é exatamente o mesmo da licitação ora impugnada, em que o critério de julgamento é exatamente o que está sendo aqui retratado, com taxa zerada ao órgão. Vejamos:

13/8

5. CRITÉRIO DE JULGAMENTO

5.1 O critério de julgamento é o menor preço global:

5.1.1 Será considerada vencedora a licitante que ofertar o menor preço observada a menor taxa de administração (vedada taxa negativa) e a maior taxa de retorno econômico aos servidores;

5.1.2 O menor preço global será apurado da seguinte forma:

$$MP = Vi \times (100\% - X\% + Y\%)$$

Onde:

MP = Menor preço global.

Vi = Valor inicial: R\$ 2.364.012,00, valor apurado no item 3.2, do memorial;

X% = Retorno econômico: Valor complementar que será creditado ao servidor pela contratante;

Y% = Taxa de administração: valor cobrado do SeMAE.

Exemplo:

| Classificação: | Taxa de retorno econômico (-X) | Taxa de admin. (+Y) | % Apurado (100%-X+Y) | Preço Global |
|----------------|--------------------------------|---------------------|----------------------|--------------|
| 1ª | 6% | 3% | 97% | 2.293.091,64 |
| 2ª | 2% | 0% | 98% | 2.316.731,76 |
| 3ª | 1% | 0% | 99% | 2.340.371,88 |
| 4ª | 2% | 3% | 101% | 2.387.652,12 |

5.2 Havendo empate será realizado sorteio em sessão pública.

Em 2022, o Município de Manduri já havia adotado a mesma forma de julgamento para as licitações de fornecimento de vale alimentação de seus servidores, que também anexamos unto a essa impugnação, assim como a ata da sessão pública. Vejamos:

O PREFEITO MUNICIPAL DA PREFEITURA DE MANDURI, Estado de São Paulo, no uso de suas atribuições legais, torna público que fará realizar licitação na modalidade **PREGÃO PRESENCIAL n. 007/2022**, do tipo **MAIOR VALOR DE BONIFICAÇÃO**, objetivando a contratação de prestação de serviços de gerenciamento, implementação e administração de "Vale Alimentação" para aproximadamente 360 funcionários, na forma de cartão magnético, pelo prazo de 12 meses, prorrogável se de interesse das partes; regida pela Lei Federal n. 10.520, de 17 de julho de 2002, pelo Decreto Municipal n. 990/2013, aplicando-se subsidiariamente, no que couberem, as disposições da Lei Federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993, e alterações posteriores, da Lei Complementar n. 123, de 17 de dezembro de 2006, e demais normas regulamentares aplicáveis à espécie.

CLASSIFICAÇÃO

As Propostas foram classificadas em ordem crescente de valor, assegurada as licitantes microempresas e empresa de pequeno porte o exercício do direito de preferência, respeitada a ordem de classificação, na seguinte conformidade:

REAL CARD SOLUÇÕES EM PAGAMENTO EIRELI, com o valor de R\$ 18,00;

VEROCHEQUE REFEIÇÕES LTDA, com o valor de R\$ 15,56;

FACE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA ME, com o valor de R\$ 10,00;

LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA, com o valor de R\$ 0,00.

| | | | | |
|-----------------|----------|---|-------|---|
| 67 ^a | 34,91 | - | 34,95 | - |
| 68 ^a | 34,96 | - | 35,50 | - |
| 69 ^a | 35,51 | - | 35,60 | - |
| 70 ^a | 35,61 | - | 35,70 | - |
| 71 ^a | 35,71 | - | 35,80 | - |
| 72 ^a | 35,81 | - | 35,90 | - |
| 73 ^a | 35,91 | - | 35,95 | - |
| 74 ^a | Declinou | - | 35,95 | - |

Perceba, Nobre Julgador, que a licitação ocorreu com o julgamento sendo a maior bonificação ao servidor, de modo que a empresa que se sagrou vencedora ofereceu o valor de R\$35,95 (trinta e cinco reais e noventa e cinco centavos) de bonificação para o servidor, isto significa que, além do depósito comumente feito pela Administração Pública ao cartão do servidor, a empresa gerenciadora irá acrescentar o valor vencedor aos cartões, de modo a beneficiar o servidor público.

Assim, fica claro que, em caso de permanecer a vedação quanto a taxas negativas, a Administração tem outras formas de promover a licitação que ofereça vantagens aos servidores, de modo evitará que a licitação seja decidida por meio de sorteio, dando real competitividade ao certame, possibilitando economia aos cofres públicos, em observância à economicidade, e buscando, sempre, a maior vantajosidade nas licitações.

Portanto, diante de todo o exposto, requer-se que, em caso de não retificação do edital para possibilitar as taxas negativas, para que o mesmo seja retificado para prever a modalidade de julgamento acima descrito, sendo as propostas julgadas conforme o maior retorno econômico, ou maior bonificação para o servidor.

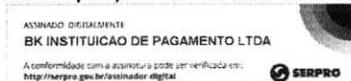
5. DO PEDIDO

Diante de todo o exposto acima, requer-se:

- a) A suspensão liminar da licitação marcada para o próximo dia 09/10/2023, tendo em vista a flagrante ilegalidade no critério de julgamento, em que a vedação de taxas negativas, modo a violar a busca pela proposta mais vantajosa e competitividade do certame;
- b) 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 sofres públicos, privilegiando a competitividade do certame e a busca pela proposta mais vantajosa;
- c) 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.

Nestes termos, pede e espera deferimento.

Barueri/SP, 03 de outubro de 2023.



BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTOS LTDA
CNPJ nº 16.814.330/0001-50



33

ACÓRDÃO Nº 4714/2022 - TCU - 1ª Câmara

Os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 1ª Câmara, com fundamento nos artigos 143, III, 235 e 237, VII, e 250, I, do RITCU, ACORDAM, diante da baixa materialidade e reduzido risco envolvidos, em conhecer da representação, em indeferir o pedido de medida cautelar, para, no mérito, considerá-la procedente, com a ciência abaixo, e em enviar cópias desta deliberação e da instrução que a fundamenta à representante e ao Grupamento de Apoio de São Jose dos Campos, arquivando este processo, conforme os pareceres emitidos.

1. Processo TC-014.140/2022-5 (REPRESENTAÇÃO)

1.1. Interessada: Prime Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda. (05.340.639/0001-30)

1.2. Órgão: Grupamento de Apoio de São Jose dos Campos - Comando da Aeronáutica.

1.3. Relator: Ministro Jorge Oliveira.

1.4. Representante do Ministério Público: não atuou.

1.5. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog).

1.7. Representação legal: não há,

1.7. Determinações/Recomendações/Orientações:

1.7.1. dar ciência ao Grupamento de Apoio de São José dos Campos, com fundamento no artigo 9º, II, da Resolução – TCU 315/2020, sobre as impropriedades abaixo, identificadas no pregão eletrônico 84/2022, de forma a evitar a sua materialização, tendo em vista o estágio daquele procedimento:

1.7.1.1. a vedação de propostas que contenham taxas de administração ‘negativas’ ou de valor ‘zero’, previsto no 1.7. do termo de referência, contraria a jurisprudência deste Tribunal, além de decisão do Superior do Tribunal de Justiça, prolatada no Resp 1.840.113-CE, devendo a exequibilidade das propostas ser aferida caso a caso, a partir de critérios objetivos previamente fixados no edital; e

1.7.1.2. a ausência de exigências de comprovação de qualificação técnica e econômico-financeira no edital está em afronta ao disposto no artigo 27 c/c os artigos 30, 31 e 32 da Lei 8.666/1993, bem como a jurisprudência deste Tribunal.

24
7

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
7.248 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : MIN. LUIZ FUX
REQTE.(S) : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE -
CNT
ADV.(A/S) : SERGIO ANTONIO FERREIRA VICTOR E
OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

DESPACHO: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional do Transporte - CNT, tendo por objeto os artigos 3º, *caput* e incisos I e II; 4º, *caput*; e 5º, todos da Lei federal nº 14.442, de 2 de setembro de 2022, bem como o artigo 175 do Decreto nº 10.854, de 10 de novembro de 2021, *in verbis*:

"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;

II - prazos de repasse ou pagamento que descaracterizem a natureza pré-paga dos valores a serem disponibilizados aos empregados; ou

III - outras verbas e benefícios diretos ou indiretos de qualquer natureza não vinculados diretamente à promoção de saúde e segurança alimentar do empregado, no âmbito de contratos firmados com empresas emissoras de instrumentos de pagamento de auxílio-alimentação.

[...]

Art. 4º A execução inadequada, o desvio ou o desvirtuamento

358

das finalidades do 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, pelos empregadores ou pelas empresas emissoras de instrumentos de pagamento de auxílio-alimentação, sem prejuízo da aplicação de outras penalidades cabíveis pelos órgãos competentes, acarretara a aplicação de multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a qual será aplicada em dobro em caso de reincidência ou de embaraço à fiscalização.

Art. 5º A Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976, passa a vigorar com as seguintes alterações:

'Art. 1º As pessoas jurídicas poderão deduzir do lucro tributável, para fins de apuração do imposto sobre a renda, o dobro das despesas comprovadamente realizadas no período-base em programas de alimentação do trabalhador previamente aprovados pelo Ministério do Trabalho e Previdência, na forma e de acordo com os limites dispostos no decreto que regulamenta esta Lei.

[...]

§ 4º As pessoas jurídicas beneficiárias não poderão exigir ou receber:

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

II - prazos de repasse ou pagamento que descaracterizem a natureza pré-paga dos valores a serem disponibilizados aos trabalhadores; ou

III - outras verbas e benefícios diretos ou indiretos de qualquer natureza não vinculados diretamente à promoção de saúde e segurança alimentar do trabalhador, no âmbito do contrato firmado com empresas emissoras de instrumentos de pagamento de auxílio-alimentação.

§ 5º A vedação de que trata o § 4º deste artigo terá vigência

conforme definido em regulamento para os programas de alimentação do trabalhador.' (NR)

[...]

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.

[...]”

Como parâmetro de controle, foi indicado o artigo 170 da Constituição Federal.

Em sede preliminar, a requerente alega ser entidade sindical de grau superior coordenadora dos interesses econômicos dos transportes terrestres em todo o território nacional, ressaltando a existência de pertinência temática entre sua atividade e a legislação impugnada.

No mérito, em síntese, sustenta que as limitações impostas, ao impedirem que sejam negociados deságios ou descontos na contratação dos fornecedores de vale-alimentação, promovem “óbice inconstitucional ao livre exercício da atividade econômica, inclusive através de desestabilização concorrencial, na medida em que (i) tais empresas não precisarão disputar boa parte da parcela dos preços praticados e (ii) os empregadores não poderão se valer da grande quantidade de empregos que oferecem como atrativo para forçar uma redução dos preços desse serviço”, além de interferirem indevidamente na dinâmica da atividade empresarial em questão.

Acrescenta que não se pode, a pretexto de supostamente proteger o trabalhador, esvaziar a livre iniciativa, a ponto de afetar seus elementos

ADI 7248 MC / DF

essenciais, não detendo o legislador discricionariedade para suprimir espaços importantes para a iniciativa privada, consoante restou decidido no RE nº 1.054.110. Destaca, ainda, que a proibição total na celebração de descontos e deságios consubstancia medida manifestamente desproporcional e desnecessária.

É o relatório.

A presente ação direta de inconstitucionalidade versa sobre a constitucionalidade da disciplina trazida pela Lei federal nº 14.442, de 2 de setembro de 2022, e pelo artigo 175 do Decreto nº 10.854, de 10 de novembro de 2021, referente à contratação pelo empregador de pessoa jurídica para o fornecimento do auxílio-alimentação, sob a alegação de violação à livre iniciativa. Percebe-se que a matéria se reveste de grande relevância e apresenta especial significado para a ordem social e a segurança jurídica. Nesse particular, enfatizo a conveniência de que decisão venha a ser tomada em caráter definitivo, mediante a adoção do rito abreviado previsto no artigo 12 da Lei federal 9.868/1999.

Ex positis, notifiquem-se as autoridades requeridas, para que prestem informações no prazo de 10 (dez) dias. Após, dê-se vista ao Advogado-Geral da União e à Procuradora-Geral da República, para que cada qual se manifeste, sucessivamente, no prazo de 5 (cinco) dias.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 13 de dezembro de 2022.

Ministro LUIZ FUX

Relator

Documento assinado digitalmente



Processo n.: 1.153.230
Natureza: DENÚNCIA
Denunciante: BK Instituição de Pagamento Ltda.
Denunciada: Prefeitura Municipal de DESTERRO DE ENTRE RIOS
Referência: Pregão Eletrônico n. 20/2023, Processo Licitatório n. 61/2023
Abertura: 8/8/2023, às 8:30

À Secretaria da Segunda Câmara,

Tratam os autos de Denúncia oferecida por BK Instituição de Pagamento Ltda., por intermédio de seu representante legal, acerca de possíveis irregularidades no âmbito do edital do Pregão Eletrônico n. 20/2023, Processo Licitatório n. 61/2023, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Desterro de Entre Rios, objetivando a contratação de empresa especializada para fornecimento e gerenciamento de cartões de vale alimentação, em atendimento à demanda do município, **com pedido liminar de suspensão do certame.**

Insurgiu-se a denunciante, em síntese, em face da **(i)** vedação à oferta de taxas de administração negativa para o órgão público, o que restringiria a competitividade e impediria o alcance da proposta mais vantajosa pela Administração Pública; **(ii)** possibilidade de bonificação para servidores; **(iii)** impossibilidade de limitar a taxa cobrada dos estabelecimentos; **(iv)** exigência de ponto de atendimento sediado no município.

Diante disso, pugnou pela suspensão liminar do procedimento em referência, “*tendo em vista a flagrante ilegalidade no critério de julgamento, em que a vedação de taxas negativas, modo a violar a busca pela proposta mais vantajosa e competitividade do certame*”, e no mérito, a retificação do edital [*sic.*].

A denúncia foi a mim distribuída em 7/8/2023, conforme Termo disponível no SGAP (peça n. 16), sendo recebida virtualmente em meu gabinete no mesmo dia.

Compulsando os autos, assim como o edital em referência (peça n. 2), entendo como **suficiente para que se autorize a concessão da liminar – dentre os pontos atacados na exordial** – a previsão que se extrai da leitura do *item 3 – DA*

DESCRIÇÃO DOS ITENS ESTIMADO E DO CRITÉRIO DE JULGAMENTO, constante do ANEXO I - TERMO DE REFERÊNCIA/DESCRIÇÃO DO OBJETO, *litteris*:

3 – DA DESCRIÇÃO DOS ITENS ESTIMADO E DO CRITÉRIO DE JULGAMENTO
[...]

3.3.1 - Em atenção ao disposto na LEI 14.442/2022, não será permitida cotação de Taxa de Administração de valor percentual negativo em favor da Administração Pública, devendo ser feita oferta da menor taxa ao estabelecimento comercial. Não será considerada a proposta em desconformidade com o critério de julgamento apresentado no item 3.1 deste termo de referência.

Nesse contexto, argumentou a denunciante que *“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”*.

Em seguida, ressaltou que *“sem que seja possível a oferta de taxas negativas, Administração Pública está licitando à revelia dos princípios que norteiam as contratações públicas, notadamente ao princípio da busca pela proposta mais vantajosa (...)”*.

Acrescentou, ademais, como argumento de insurgência, que a Lei n. 14.442/2022 não tem aplicabilidade no âmbito da Administração Pública, considerando que a finalidade da norma seria alcançar as empresas beneficiárias do PAT – Programa de Alimentação do Trabalhador, impedindo que tenham duplo benefício.

Isto posto, arrematou sob a conclusão de que *“não há qualquer prejuízo aos beneficiários dos cartões, que, inclusive, poderiam ser beneficiados de outras formas, já que a Administração Pública, no uso de sua discricionariedade, pode estipular que as empresas disputem a licitação com o maior retorno financeiro ao servidor, como forma de bonificação no cartão vale alimentação/refeição, ou cash back, que seria o retorno de parte do valor da compra para o cartão do beneficiário”*.

De fato, reputo que a referida vedação se inclina a afastar qualquer interessado que consiga praticar tal precificação sem que haja comprometimento de suas

respectivas remunerações, **resultando em situação prejudicial à competição no certame.**

Certo é que a propositura de ofertas de taxa de administração de valor negativo não torna, por si só, as propostas inexequíveis, uma vez que deve ser avaliada a compatibilidade da taxa proposta em cada caso, a partir de critérios objetivos.

Eis que assim se pronunciou esta Corte de Contas, quando instada a se manifestar em casos similares ao presente, consolidando o entendimento de que nas licitações destinadas ao fornecimento de cartões de vale refeição ou alimentação é lícita a fixação de taxas de administração negativas¹.

Além disso, a taxa de desconto negativa é de interesse da própria Administração Pública, ensejando a redução de gastos, de forma que **a sua vedação, de plano, pode restringir o caráter competitivo do certame, impedindo a apresentação de proposta mais vantajosa para o ente público.**

A busca da menor taxa de administração visa minimizar o dispêndio de recursos para a Administração Pública, razão pela qual **tem sido considerada lícita em reiterados julgados desta Corte de Contas e do TCU a aplicação de taxa negativa nas propostas comerciais de processos licitatórios.**

Nessa esteira, **é possível observar potenciais irregularidades que prejudicariam a formulação das propostas e, por via de consequência, restringiriam a competitividade do certame.**

Isto posto, vislumbro a presença da **fumaça do bom direito**, considerando que, **em exame perfunctório dos fatos denunciados**, a referida exigência editalícia não encontra respaldo legal e jurisprudencial, violando o princípio da competitividade previsto no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei n. 8.666/93.

Sobressai, ainda, da leitura dos autos, a presença do **perigo da demora**, considerando a iminente homologação do certame a despeito dos obstáculos postos à

¹DENÚNCIA n. 1.141.466, de relatoria do Conselheiro Substituto Hamilton Coelho, julgada em Sessão da Segunda Câmara de 9/5/2023.

DENÚNCIA n. 1.121.133, de relatoria do Conselheiro Substituto Adonias Monteiro, julgada em Sessão da Primeira Câmara de 13/12/2022.

DENÚNCIA n. 1.120.086, de relatoria do Conselheiro Substituto Telmo Passareli, julgada em Sessão da Segunda Câmara de 20/10/2022.

DENÚNCIA n. 1.095.429, de relatoria do Conselheiro Durval Ângelo, julgada em Sessão da Primeira Câmara de 6/7/2021.

Administração para obtenção da melhor proposta, haja vista que em pesquisa ao endereço eletrônico da entidade promotora da licitação² verifica-se que o processo licitatório se encontra em andamento, não havendo informação acerca das propostas apresentadas, eventual lavratura de ata de abertura e/ou julgamento ou declaração de empresas vencedoras, conforme captura de tela abaixo:

| Nº Processo | Modalidade | Modalidade nº | Data de Abertura |
|-------------|-------------------|---------------|------------------|
| 0061/2023 | Pregão Eletrônico | 0020/2023 | 08/08/2023 |

Objeto

CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA FORNECIMENTO E GERENCIAMENTO DE CARTÕES DE VALE ALIMENTAÇÃO EM ATENDIMENTO A DEMANDA DA PREFEITURA MUNICIPAL DE DESTERRO DE ENTRE RIOS, MG, CONFORME DISCRIMINAÇÃO CONSTANTE NO EDITAL E EM SEUS ANEXOS.

Anexos

- PDF PREGAO_ELETRONICO_020_2023.pdf (18/07/2023 14:35:30)
- PDF IMPUGNA_AO_BK_BANK_1.pdf (26/07/2023 08:53:30)
- PDF IMPUGNA_AO_BK_BANK_2.pdf (26/07/2023 08:53:31)
- PDF IMPUGNACAO_LE_CARD.pdf (26/07/2023 08:53:31)
- PDF Errata_PE_20_2023.pdf (27/07/2023 15:31:53)
- PDF PARECER_DECISAO_LE_CARD__BK.pdf (27/07/2023 15:31:53)
- PDF PREGAO_ELETRONICO_020_2023__RETIFICADO.pdf (27/07/2023 15:31:53)
- PDF IMPUGNA_AO_BK_BANK_3.pdf (01/08/2023 15:29:20)
- PDF PARECER_DECISAO_BK_2.pdf (04/08/2023 09:10:04)
- PDF IMPUGNA_AO__ME_EPP__LE_CARD.pdf (07/08/2023 08:57:05)
- PDF PARECER_DECISAO_INTEMPESTIVIDADE.pdf (07/08/2023 08:57:05)

Portanto, **com supedâneo na jurisprudência desta Casa, concluo pela existência de falhas suficientes para se proceder à imediata suspensão do certame.**

Ante ao exposto, uma vez presentes a fumaça do bom direito e o perigo da demora, elementos ensejadores da concessão da medida cautelar – fazendo uso da competência prevista no art. 60 da Lei Orgânica, bem como no *caput* e §2º do art. 197 c/c art. 267 do Regimento Interno deste Tribunal – determino, ad referendum da Segunda Câmara deste Tribunal, **a suspensão liminar do Pregão Eletrônico n. 20/2023, Processo Licitatório n. 61/2023**, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Desterro de Entre Rios, na fase em que se encontra.

² Disponível em <https://desterrodeentrieros.mg.gov.br/pagina/13048/Avissos%20de%20Licita%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em 8/8/2023.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Gabinete do Conselheiro José Alves Viana

Os responsáveis devem se abster de praticar qualquer ato, até pronunciamento deste Tribunal acerca da matéria, inclusive da assinatura do contrato, caso não tenha sido firmado, sob pena de multa diária, nos termos do art. 90 da Lei Orgânica, sem prejuízo da adoção de outras medidas legais cabíveis.

Intimem-se o pregoeiro e subscritor do edital, **ARTHUR ANDRADE LIMA**, assim como o Secretário Municipal de Administração e Finanças e subscritor do Termo de Referência, **WALISSON COELHO DUARTE SILVA**, na forma prevista no art. 166, §1º, incisos VI e VII, do diploma regimental, para que, **no prazo de 3 (três) dias úteis**, comprovem a suspensão do procedimento, encaminhando cópia da sua publicação no órgão oficial.

Dê-se ciência desta decisão à empresa denunciante, pelos mesmos meios sobreditos, e, após, adotem-se as medidas com vistas à **apreciação pelo Colegiado** competente, nos termos do §2º do art. 197 regimental.

Por fim, retornem os autos imediatamente conclusos.

Tribunal de Contas, em 8 de agosto de 2023.

CONSELHEIRO JOSÉ ALVES VIANA
Relator



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORPO DE AUDITORES

Av. Rangel Pestana, 315 - Centro - CEP: 01017-906 - São Paulo/SP
PABX: (11) 3292-3266 - Internet: <http://www.tce.sp.gov.br>



43

SENTENÇA DO AUDITOR ALEXANDRE MANIR FIGUEIREDO SARQUIS

PROCESSO: TC-00000107.989.23-8

REPRESENTANTE: LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA
▪ **ADVOGADO:** MARCELO ALVES FISCHER
(OAB/ES 33.809)

RESPONSÁVEL: ERLY VIEIRA - Administrador

REPRESENTADA: PREFEITURA MUNICIPAL DE SERTÃOZINHO

RESPONSÁVEIS: WILSON FERNANDES PIRES FILHO - Prefeito Municipal
SYMONE RESENDE MARTINS PIRES - Secretário Municipal de Assistência Social e Cidadania

EXERCÍCIO: 2023

ASSUNTO: Comunica eventuais irregularidades praticadas no âmbito da Prefeitura Municipal de Sertãozinho quanto ao processamento do Pregão eletrônico nº 128/2022, oferta de compra nº 866400801002022OC00129, destinado à contratação de empresa especializada para fornecimento de cartão eletrônico com chip e/ou tarja magnética, entregues no período natalino, pelo Fundo Social de Solidariedade, como vale alimentação para a aquisição de gêneros alimentícios pelo público cadastrado no Cadastro Único do Governo Federal ? CAD único e atendido nos equipamentos sociais da Secretaria Municipal de Assistência Social e Cidadania do Município de Sertãozinho.

EM EXAME: Representação (24)

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de representação formulada pela empresa Le Card Administradora de Cartões Ltda., em face da Prefeitura Municipal de

44
7

Sertãozinho, em que comunica possíveis irregularidades praticadas na condução do Pregão Eletrônico nº 128/2022, objetivando a contratação de empresa especializada para fornecimento de cartão eletrônico com chip e/ou tarja magnética, entregues no período natalino, pelo Fundo Social de Solidariedade, como vale alimentação para a aquisição de gêneros alimentícios pelo público cadastrado no Cadastro Único do Governo Federal (CAD único) e atendido nos equipamentos sociais da Secretaria Municipal de Assistência Social e Cidadania do Município.

O requerente censurou a condução do certame pois, em seu entendimento, houve violação ao princípio da legalidade.

Ademais, relatou que houve empate entre as propostas apresentadas, todas com 0,00% de desconto, todavia a pregoeira optou por declarar vencedora a licitante MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA, sob o fundamento de direito de preferência na classificação da empresa como ME/EPP. Tendo em vista que, sob sua ótica, não ocorreu o denominado "empate ficto", que seria a possibilidade de apresentar proposta de valor inferior à mais bem classificada, ocorrendo o EMPATE REAL, pois não havia possibilidade de proposição de taxa negativa.

Ponderou que a classificação deveria ter sido feita por sorteio, em ato público, nos termos previstos pelo art. 45, § 2º, da Lei nº 8.666/93, e com esteio nessas considerações, requereu a suspensão dos efeitos do ato administrativo da representada que violou o princípio da legalidade e, no mérito, a procedência da Representação.

Considerando as ocorrências consignadas na petição inicial (evento 1.1) e tendo em vista o disposto no inciso XIII, do artigo 2º da Lei Complementar Paulista n.º 709/93, notifiquei o Órgão e o responsável para que, no prazo de 15 (quinze) dias, tomassem conhecimento do mencionado documento, apresentasse suas alegações a respeito e promovesse a juntada de versão digitalizada de todos os documentos que cuidam da contratação objeto da representação, desde a fase de preparação do processo licitatório até a situação atual do ajuste (evento 18.1).

O Município de Sertãozinho compareceu aos autos, no evento 30, encaminhando a documentação referente ao pregão eletrônico nº 128/2022, oferta de compra nº 866400801002022OC00129.

Ademais, juntou no evento 30.3 as seguintes justificativas:

- Cumpre salientar que no decorrer do processo de licitação a representante também apresentou recurso administrativo expondo suas insatisfações, o qual foi devidamente julgado com a manutenção da decisão proferida pela Pregoeira.
- Em razão da principal queixa da representante, é imprescindível que descrevamos trecho da resposta do recurso apresentado por

ela, a fim de esclarecer a situação ocorrida durante a sessão do pregão eletrônico em debate:

"DA APLICAÇÃO DA LEI Nº 14.442/2022 (VEDAÇÃO À ACEITAÇÃO DE TAXAS DE SERVIÇOS NEGATIVAS EM RELAÇÃO A PROGRAMAS DE ALIMENTAÇÃO)

Em suas razões recursais a empresa Verocheque Refeições Ltda alega que não foi observada a aplicação da Lei nº 14 442/2022, por vedar a aceitação de taxas de serviços negativas em relação a programas de alimentação.

A recorrente ainda traz a mudança de posicionamento do Egrégio TCE/SP, referente a "não mais permitir a taxa negativa" em programas de alimentação.

Contudo, é imperioso ressaltar que a recente lei que trata sobre a vedação de taxas negativas dispõe expressamente sobre o PAGAMENTO DE AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO AO EMPREGADO E ALTERA A LEI Nº 6.321/76, E A CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO (DECRETO-LEI 5.452/43), ou seja, nada tem a ver com o objeto da licitação em debate.

Assim vejamos o que estabelece a Lei nº 14.442/2022:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o pagamento de auxílio-alimentação ao empregado, bem como 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.

Ar. 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.

Doutro ponto, trazemos alguns trechos da Lei Municipal nº 7,115/2022, que institui o vale alimentação natalino e para quem se destina, diferentemente da Lei Federal nº 14.442/2022.

Art. 1º Ficam autorizados a aquisição e fornecimento de cartão eletrônico com chip e/ou tarja magnética pelo Poder Executivo, que serão entregues no período natalino, pelo Fundo Social de Solidariedade, para utilização como Vale

45

46

Alimentação, contribuindo para a promoção da autonomia e da melhoria na qualidade de vida das famílias em situação de vulnerabilidade social residentes no município.

Parágrafo único. O cartão eletrônico indicado no caput, deverá ser utilizado para a aquisição de gêneros alimentícios, sendo destinado às famílias em situação de vulnerabilidade social, cadastradas no Cadastro Único do Governo Federal e atendidas nos Equipamentos Sociais da Secretaria Municipal de Assistência Social e Cidadania.

Art. 2º Fica instituído e criado o Benefício Vale Alimentação Natalino, com o fornecimento de cartão eletrônico, para cada família contemplada, conforme Capítulo II e III.

CAPÍTULO II

DOS BENEFICIÁRIOS

Art. 3º O Vale Alimentação Natalino, destina-se às famílias em situação de vulnerabilidade social, cadastradas e atendidas nos Centro de Referência da Assistência Social - CRAS do Município de Sertãozinho e Cruz das Posses.

Fica muito claro que a aplicação da recente Lei Federal nº 14.442/2022, não se coaduna com o desiderato da Lei Municipal nº 7.115/2022, por se tratar de objetos totalmente distintos entre si, o que afasta de plano o inconformismo da recorrente, e até mesmo, a mudança de posicionamento do TCE/SP acerca da possibilidade de taxa negativa, visto que a decisão da Corte Bandeirante de Contas se reportava a um caso concreto que envolvia o fornecimento de cartão alimentação para trabalhadores.

Já no objeto em disputa, embora possua um caráter alimentar, não se vincula em nada a algum tipo de benefício de trabalhador, nem mesmo com a aplicação do Decreto Federal nº 10.854/2021, especialmente quanto ao artigo 175, que regulamenta disposições relativas à legislação trabalhista e institui o Programa Permanente de Consolidação, Simplificação e Desburocratização de Normas Trabalhistas Infralegais e o Prêmio Nacional Trabalhista, e altera o Decreto nº 9.580, de 22 de novembro de 2018.

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.

Mais uma vez, a legislação trazida e apontada pela recorrente, é inequívoca quanto a quem se destina — que são os trabalhadores.

Portanto, resta totalmente infundada a alegação da recorrente, não merecendo a acolhida.

DA NÃO OCORRÊNCIA DO EMPATE FICTO E DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO EXPLÍCITA (NO EDITAL) DE PROPOSIÇÃO DE TAXA NEGATIVA

A recorrente LE CARD alega que não ocorreu o "empate ficto", onde haveria a possibilidade de apresentar proposta de valor inferior à melhor classificada, pois não havia explícito no edital a possibilidade de proposição de taxa negativa.

Para esclarecermos a referida alegação, trazemos um trecho de um dos pedidos de esclarecimentos, devidamente disponibilizado no site da BEC, onde quaisquer interessados têm acesso, com a resposta que vincula todos os interessados.

E, diga-se de passagem, para que fique registrado, o trecho abaixo descrito foi originado por um pedido de esclarecimento da própria recorrente LE CARD.

Esclarecimentos

24/11/2022 12:39:20

LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA

Boa tarde! Gostaria de alguns esclarecimentos com relação ao edital: - Será admitida taxa negativa? Resposta: A Administração não interferirá no percentual de taxa das empresas interessadas, por isso, não foi estipulada a impossibilidade de taxa negativa.

Ora, de acordo com a resposta do pedido de esclarecimento da própria empresa LE CARD, causa-nos estranheza as alegações apresentadas nas razões recursais, ou talvez possa ter havido um desencontro de informações entre setores

da empresa.

Porque não é crível que a recorrente LE CARD não tenha verificado a resposta de seu pedido de esclarecimento, onde restou inequívoco que a Administração não interferiria no percentual de taxa, até porque, a taxa negativa somente é vedada quando se trata de programa de alimentação do trabalhador, conforme demonstrado anteriormente.

Em relação ao empate ficto, o próprio sistema da BEC, conforme demonstrado na ata de julgamento às 09:41:00, após encerrada a fase de lances, abriu automaticamente o direito de preferência, e às 09:45:57, o licitante FORO555 (MEGAVALE) exerceu o referido direito, visto que estava enquadrado como EPP.

Dessa forma, os dispositivos legais contidos na Lei Complementar nº 123/2006, art. 44, § 2º e art. 45, inc. I, foram atendidos e cumpridos pelo sistema automatizado da BEC."

- Portanto, resta inequívoco que o sistema da BEC seguiu a previsão legal contida na Lei Complementar nº 123/2006, em relação ao direito de preferência, e a Prefeitura Municipal de Sertãozinho prosseguiu com o certame de forma correta.
- Destarte, após as informações prestadas e documentos juntados, entendemos que o pedido de representação não merece prosperar, visto que a Prefeitura Municipal de Sertãozinho cumpriu com todas as regras inerentes ao processo licitatório em análise, conforme demonstra o resultado do julgamento do recurso administrativo apresentado.
- Aproveita ainda, para informar que o desiderato da contratação foi alcançado com grande eficiência com a entrega, distribuição e utilização dos cartões pelas famílias cadastradas no programa social, que puderam aproveitar de autonomia e melhoria na qualidade de vida em um momento especial para cada família.

Encaminhados os autos com vistas ao Ministério Público de Contas, o processo não foi selecionado para análise específica, nos termos do Ato Normativo PGC 006/2014, de 03.02.2014, publicado no DOE de 08.02.2014.

DECISÃO

Em exame representação formulada pela Le Card Administradora de Cartões Ltda. em face de possíveis irregularidades praticadas pela Prefeitura Municipal de Sertãozinho na condução do Pregão Eletrônico nº 128/2022,

objetivando a contratação de empresa especializada para fornecimento de cartão eletrônico com chip e/ou tarja magnética, entregues no período natalino, pelo Fundo Social de Solidariedade, como vale alimentação para a aquisição de gêneros alimentícios pelo público cadastrado no Cadastro Único do Governo Federal (CAD único) e atendido nos equipamentos sociais da Secretaria Municipal de Assistência Social e Cidadania do Município.

De plano, esclareço que entendo ter ocorrido equívoco ao não se aceitar taxas negativas no objeto posto em disputa. Assim concluo, pois houve extensão indevida da Lei 14442/2022 - que cuida do vale-alimentação no âmbito do Programa de Alimentação ao Trabalhador, auxílio-alimentação ao empregado de acordo com a Consolidação das Leis do Trabalho - a objeto que é do interesse da Assistência Social. Assim, portanto, em primeira análise, aqui seria admitida a taxa negativa, posto que extrapola o objeto da Lei 14442/2022, o que solucionaria a contento o problema de disputa por critério objetivo que está atribulando as licitações da espécie.

Nada obstante, esta consideração fica a latere, uma vez que não ventilada na inicial, de forma que nem poderia constituir razões de decidir. Assim prossigo cingindo-me aos argumentos entabulados pelo representante.

A Representante questionou a legalidade do certame, tendo em vista que todas as empresas que participavam da Sessão Pública, via portal eletrônico "BEC - Bolsa Eletrônica de Compras", apresentaram proposta de 0,00% (zero por cento) de desconto, estando em igualdade de condições, restando caracterizado o empate real entre as propostas.

Ainda, argumentou que na Sessão Pública não ocorreu o denominado "empate ficto", que seria a possibilidade de apresentar proposta de valor inferior à mais bem classificada, ocorrendo o EMPATE REAL, pois não havia possibilidade de proposição de taxa negativa. Sendo assim, não existiria preferência de empresa classificada como ME/EPP, pois o "empate ficto" expresso na Lei Complementar nº 123/06 sequer existiu.

Observo ademais, que a postulante criticou a decisão do Pregoeiro durante a sessão, que esclareceu que a concessão do direito de preferência é feita de forma automática pelo sistema de BEC (conforme previsto pelo edital) e manifestou interesse de recorrer dessa decisão e teve a favor de si reconhecido tal direito, bem como, tendo-o exercido, recebeu, em resposta, tratamento adequado ao seu reclamo, incluindo decisão que bem explorou as razões de recurso.

O edital previu o seguinte acerca da matéria:

5.2.4. O eventual desempate de propostas do mesmo valor será promovido pelo sistema, com observância dos critérios legais estabelecidos para tanto.

50/6

[...]

5.6. Empate ficto. Com base na classificação a que alude o item 5.5, será assegurada às licitantes microempresas e empresas de pequeno porte preferência à contratação, observadas as seguintes regras:

5.6.1. A microempresa ou empresa de pequeno porte detentora da proposta de menor valor, dentre aquelas cujos valores sejam iguais ou superiores até 5% (cinco por cento) ao valor da proposta melhor classificada, será convocada pelo Pregoeiro para que apresente preço inferior ao da melhor classificada no prazo de 5 (cinco) minutos, sob pena de preclusão do direito de preferência. Caso haja propostas empatadas, a convocação recairá sobre a licitante vencedora de sorteio.

5.6.2. Não havendo a apresentação de novo preço, inferior ao preço da proposta melhor classificada, serão convocadas para o exercício do direito de preferência, respeitada a ordem de classificação, as demais microempresas e empresas de pequeno porte cujos valores das propostas se enquadrem nas condições indicadas no item 5.6.1.

5.6.3. Caso a detentora da melhor oferta, de acordo com a classificação de que trata o item 5.5, seja microempresa ou empresa de pequeno porte, não será assegurado o direito de preferência, passando-se, desde logo, à negociação do preço.

Preliminarmente, cumpre esclarecer que as microempresas e empresas de pequeno porte possuem tratamento especial junto à ordem constitucional do ordenamento jurídico brasileiro. Figurando, inclusive, como um dos princípios da ordem econômica, a saber:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

A legislação infraconstitucional, em concretização à determinação constitucional, estabeleceu regras de tratamento preferencial a tais empresas pela Lei Complementar nº 123/06.

A presente representação versa sobre a aplicabilidade do critério de

57

desempate previsto no artigo 44 da LC nº 123/06 na hipótese de empate real de propostas, sem que seja possível conferir à microempresa ou à empresa de pequeno porte a possibilidade de apresentar de preço inferior, vez que as propostas empatadas em primeiro lugar já tinham alcançado o valor mínimo:

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.

Partindo dessas premissas, entendo que a previsão legal preferencial às ME/EPPs possui aplicação imperativa e cogente, e deve ser observada independentemente de previsão específica no edital de licitação.

A hipótese normativa disciplinada pelo artigo 44 é denominada na doutrina como "empate ficto". No entanto, o que se verificou nos autos foi um "empate real/próprio", visto que a representante (LTDA.) apresentou a mesma taxa da proposta vencedora (ME/EPP), qual seja 0.00%.

Assim, não há lógica sistêmica para se estabelecer a aplicação do direito de preferência tão somente nos casos de empate ficto. Com mais razão, o tratamento favorecido também deve ser observado no empate próprio, quando somente uma das empresas participantes e em condição de empate sustenta o caráter de ME/EPP, como ocorreu no presente caso.

Ademais, esclareço que o normativo supramencionado teve interpretação autêntica pelo próprio estatuto da ME/EPP considerando o mencionado empate como uma ficção para que se assegure a efetiva apresentação economicamente mais vantajosa à administração pública. Ou seja, uma "chance a mais" para a ME/EPP apresentar proposta mais vantajosa ao poder público.

Em nenhum momento a referida lei complementar estabelece uma preferência pela simples razão de ser ME/EPP em detrimento da vantajosidade a ser buscada pela administração pública.

Havendo o empate real (não ficto) entre a proposta de uma microempresa e a oferta de uma grande empresa, a microempresa não será de plano considerada vencedora, mas cumpre à Administração convocá-la para exercer

o direito de preferência previsto pela Lei Complementar nº 123/06, como feito no presente caso.

Se nenhuma licitante beneficiada por esse direito exercer essa prerrogativa, aí sim o desempate deverá ser feito nos moldes da Lei nº 8.666/93, o que, via de regra, exigirá o sorteio.

José dos Santos Carvalho Filho ensina que:

"Outra inovação da lei é o critério de desempate. O critério geral de desempate é o sorteio em ato público, como estabelece o art. 45, §2º, do Estatuto das Licitações. Na LC 123/06, porém, o critério recai na preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. Tratando-se de critério legal, dispensável se torna sua previsão no edital. A preferência decorre de empate entre uma dessas empresas e outra (ou outras) que não tenha a mesma qualificação jurídica. Por outro lado, se o empate se der entre duas dessas empresas, o critério não pode ser adotado, tendo-se então, que recorrer ao critério geral previsto na Lei 8.666/93" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 23 ed. Rio de Janeiro. P. 344-345).

Nada obstante, aí acaba minha concordância com o procedimento efetuado pelo pregoeiro e, assinale-se, compelido pelas regras automáticas do sistema BEC.

Assim concluo pois a Lei Complementar 123/2006 estabelece, quanto ao desempate, que é necessário "preço inferior":

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; [...]

Assim, somente se levantaria o estado de empate com a sobrevivência de preço inferior - não igual -, hipótese em que não haveria mais nem empate real, nem ficto. Após o procedimento aberto, portanto, entendo que permaneceu tal estado que reclamava o uso subsidiário da Lei 8666/1993, ou seja, o sorteio como bem apontou a representante.

Chamo a atenção para o fato de que nossa jurisprudência já aceitou outras formas estabelecidas no instrumento convocatório para o desempate, de que é exemplo o decidido nos autos do TC 22004/989/22 em que houve representação questionando o fato de o edital ter estabelecido, como critério de

desempate, "empresas que comprovem a prática de mitigação, nos termos da Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009".

O artigo 6º, XII, da Lei nº 12.187/09 prevê que "são instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima (...) as medidas existentes, ou a serem criadas, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias, que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como para a adaptação, dentre as quais o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduo".

A própria lei estabelece a preferência em licitações como estímulo para o alcance dos propósitos nela estabelecidos. Assim, é possível afirmar que o regramento combatido não é estranho ao ordenamento jurídico, o que permite inferir que não retrata uma ilegalidade flagrante.

[...] Cons. Rel. Robson Marinho

Entretanto, à míngua de tal dispositivo editalício, nada a fazer senão sortear, o que era prescrito pela Lei 8666/1993, art. 45, §2º. Lembro que a nova lei 14133/2021, ao seu artigo 60 já conta com meios mais sofisticados de proceder, a exemplo da avaliação de desempenho pretérito das empatadas.

Art. 60. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:

I - disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação;

II - avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei;

III - desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento; (Vide Decreto nº 11.430, de 2023) Vigência

IV - desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.

§ 1º Em igualdade de condições, se não houver desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços produzidos ou prestados por:

I - empresas estabelecidas no território do Estado ou do Distrito Federal do órgão ou entidade da Administração Pública estadual ou distrital licitante ou, no caso de licitação realizada por órgão ou entidade de Município, no território do Estado em que este se localize;

II - empresas brasileiras;

III - empresas que investam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País;

IV - empresas que comprovem a prática de mitigação, nos termos da Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009.

§ 2º As regras previstas no caput deste artigo não prejudicarão a aplicação do disposto no art. 44 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Então, de se perceber, que a razão está com a representante.

Ainda assim, concluo que não há nada a determinar, seja frente a razoabilidade que deve nortear as decisões deste Tribunal, seja por haver exagerada celeuma em torno do tema, o que recomenda não sejam os procedimentos anulados levemente. Rememoro a lição do professor Ronny Charles acerca da matéria:

Ademais, imaginando que os arranjos são normais nesse mercado, o obstáculo definido pela Medida Provisória trará dificuldades na definição do vencedor da licitação, uma vez que, provavelmente, diversos licitantes poderão apresentar preços inferiores ao estabelecido artificialmente como mínimo.

Em uma comparação, seria como se o preço médio de mercado de um produto fosse 100 e a Administração estivesse impelida pela Medida Provisória a exigir propostas iguais ou superiores a 120. A identificação do vencedor desta licitação tende a se dar através de sorteio ou de acordo escuso entre os próprios licitantes.

Com a aplicação das regras da MP, a realização de licitação tenderá a ser uma solução ineficiente para a escolha do contratado, já que todos os interessados tenderão a ter o mesmo menor preço (desconto zerado). Assim, caso esse dispositivo não seja revisto pelo Poder Legislativo, talvez a solução prática se dê com a realização de Credenciamento, instaurado por chamamento público, como instrumento apto, que permita ao usuário a escolha da credenciada que lhe oferecerá o vale-alimentação ou vale-refeição.

Uma vez credenciadas as empresas interessadas, poderá o servidor público escolher a empresa que melhor lhe convém, fazendo com que a transferência de benefícios se dê diretamente ao usuário, para atrair sua escolha. (disponível em: <https://ronnycharles.com.br/licitacoes-publicas-e-o-pagamento-do-auxilio-alimentacao-medida-provisoria-1108/> consultado em 16/03/2023)

Enfim, em um panorama em que a letra da Lei não oferece caminho seguro para prosseguir, não é de se censurar a conduta do gestor que optou por uma das vias disponíveis, ainda que, embora razoáveis, em mais detida análise, estivesse incorreta. Peso, ademais, que a nova Lei estabelece que, mesmo que reconhecida a irregularidade de ato do processo licitatório, não se anulará contratos

ou empenhos se não exuberar o interesse público e a irrecuperabilidade dos atos. É o que dispõe o novo art. 147 da Lei 14133/2021.

Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos:

I - impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;

II - riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;

III - motivação social e ambiental do contrato;

IV - custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas;

V - despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados;

VI - despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades;

VII - medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados;

VIII - custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas;

IX - fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação;

X - custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato;

XI - custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.

Parágrafo único. Caso a paralisação ou anulação não se revele medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis.

Perceba que fosse o objeto adjudicado por sorteio, a execução financeira seria absolutamente idêntica, não havendo que se falar em qualquer prejuízo, nem mesmo potencial.

Assim, excepcionalmente, concluo pela procedência da representação, mas deixando de decretar nulidade de qualquer ato subsequente, uma vez que basta a orientação aos gestores.

Diante do exposto, nos termos da Resolução 02/2021, publicada no DOE de 17/04/2021, que deu nova redação ao artigo 214 do Regimento Interno desta Corte, **JULGO PROCEDENTE** a Representação formulada pela empresa LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA.

50

Como resultado, ORIENTO à origem que, doravante, em objetos que não favoreçam titulares da relação de emprego, ao abrigo do § 2º do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho, permita taxas negativas a fim de alcançar a proposta mais vantajosa para a administração. Ademais, em sendo obrigando a não acolher deságios ou descontos, em atenção ao art. 3º, I da Lei 14442/2022, que recorra às alternativas de que dispõe o art. 60 da nova lei de Licitações e, ao persistir o empate, mesmo em meio a ME/EPPs, que proceda ao sorteio por forma idônea e em sessão pública.

Por fim, esclareço que, por se tratar de procedimento eletrônico, na conformidade da Resolução nº 1/2011, a íntegra da decisão e demais documentos poderão ser obtidos mediante regular cadastramento no Sistema de Processo Eletrônico – e.TCESP, na página www.tce.sp.gov.br.

Publique-se por extrato.

1. Ao cartório para:

a) vista e extração de cópias no prazo recursal;

b) certificar;

2. Após, ao arquivo.

CA, 14 de Março de 2023.

ALEXANDRE MANIR FIGUEIREDO SARQUIS
AUDITOR

AMFS-04

| | |
|-----------------------|---|
| PROCESSO: | TC-00000107.989.23-8 |
| REPRESENTANTE: | LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA ▪ ADVOGADO: MARCELO ALVES FISCHER (OAB/ES 33.809) |
| RESPONSÁVEL: | ERLY VIEIRA - Administrador |
| REPRESENTADA: | PREFEITURA MUNICIPAL DE SERTÃOZINHO |
| RESPONSÁVEIS: | WILSON FERNANDES PIRES FILHO - Prefeito Municipal |

SYMONE RESENDE MARTINS PIRES - Secretário
Municipal de Assistência Social e Cidadania

EXERCÍCIO: 2023

ASSUNTO: Comunica eventuais irregularidades praticadas no âmbito da Prefeitura Municipal de Sertãozinho quanto ao processamento do Pregão eletrônico nº 128/2022, oferta de compra nº 866400801002022OC00129, destinado à contratação de empresa especializada para fornecimento de cartão eletrônico com chip e/ou tarja magnética, entregues no período natalino, pelo Fundo Social de Solidariedade, como vale alimentação para a aquisição de gêneros alimentícios pelo público cadastrado no Cadastro Único do Governo Federal ? CAD único e atendido nos equipamentos sociais da Secretaria Municipal de Assistência Social e Cidadania do Município de Sertãozinho.

EM EXAME: Representação (24)

EXTRATO: Pelos fundamentos expostos na sentença, **JULGO PROCEDENTE** a Representação formulada pela empresa LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA. Como resultado, **ORIENTO** à origem que, doravante, em objetos que não favoreçam titulares da relação de emprego, ao abrigo do § 2º do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho, permita taxas negativas a fim de alcançar a proposta mais vantajosa para a administração. Ademais, em sendo obrigando a não acolher deságios ou descontos, em atenção ao art. 3º, I da Lei 14442/2022, que recorra às alternativas de que dispõe o art. 60 da nova lei de Licitações e, ao persistir o empate, mesmo em meio a ME/EPPs, que proceda ao sorteio por forma idônea e em sessão pública. Por fim, esclareço que, por se tratar de procedimento eletrônico, na conformidade da Resolução nº 1/2011, a íntegra da decisão e demais documentos poderão ser obtidos mediante regular cadastramento no Sistema de Processo Eletrônico – e.TCESP, na página www.tce.sp.gov.br.

Publique-se.

CA, 14 de Março de 2023.

ALEXANDRE MANIR FIGUEIREDO SARQUIS
AUDITOR

AMFS-04

CÓPIA DE DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE POR: ALEXANDRE MANIR FIGUEIREDO SARQUIS. Sistema e-TCESP.
Para obter informações sobre assinatura e/ou ver o arquivo original acesse <http://e-processo.tce.sp.gov.br> - link 'Validar documento digital' e informe o código do documento:

4-FPA2-3SZN-6G7E-5MYQ

43/



Processo: 1120086
Natureza: DENÚNCIA
Denunciante: BF Instituição de Pagamento Ltda.
Denunciada: Prefeitura Municipal de Itabirito
Responsável: Marina Pedrosa Niquini
Procuradores: Bruna Aparecida de Jesus, OAB/SP 445.413; Bruno Cabrino Salvadori, OAB/SP 419.741; Simone Thomazo Alves, OAB/SP 323.754
MPTC: Daniel de Carvalho Guimarães
RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO TELMO PASSARELI

SEGUNDA CÂMARA – 20/10/2022

DENÚNCIA. PREGÃO ELETRÔNICO. VALE ALIMENTAÇÃO. VEDAÇÃO À TAXA DE ADMINISTRAÇÃO NEGATIVA. IRREGULARIDADE. PROCEDÊNCIA. RECOMENDAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

Nas licitações destinadas ao fornecimento de cartões de vale refeição ou alimentação é lícita a fixação de taxas de administração negativas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expandidas na proposta de voto do Relator, em

- I) julgar procedente a denúncia, considerando como irregular o item 10.1.1.3 do edital do Pregão Eletrônico 56/2022, do Município de Itabirito, por proibir a apresentação de taxa de administração negativa no certame;
- II) determinar à Sra. Marina Pedrosa Niquini, Diretora do Departamento de Licitações e Contratos do Município de Itabirito, que, em caso de eventual continuidade do Pregão Eletrônico para Registro de Preços 56/2022 (Processo Licitatório 134/2022), providencie a retificação do edital do certame para excluir a vedação de fixação de taxas de administração negativas, sob pena de aplicação de penalidade, nos termos do art. 85, III, da Lei Orgânica do Tribunal;
- III) determinar, após promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, o arquivamento dos autos.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Cláudio Couto Terrão, o Conselheiro em exercício Adonias Monteiro e o Conselheiro Presidente Wanderley Ávila.

Presente à sessão a Procuradora Sara Meinberg.

Plenário Governador Milton Campos, 20 de outubro de 2022.

WANDERLEY ÁVILA
Presidente

TELMO PASSARELI
Relator

(assinado digitalmente)

SEGUNDA CÂMARA – 20/10/2022

CONSELHEIRO SUBSTITUTO TELMO PASSARELI:

I – RELATÓRIO

Trata-se de denúncia com pedido de medida cautelar, apresentada pela empresa BF Instituição de Pagamento Ltda., acerca de possíveis irregularidades no edital do Pregão Eletrônico para Registro de Preços 56/2022 (Processo Licitatório 134/2022), deflagrado pelo Município de Itabirito, para futura e eventual contratação do serviço de fornecimento e administração de cartões eletrônicos, magnéticos ou outros oriundos de tecnologia adequada, com chip de segurança, para aquisição de refeições prontas em restaurantes, lanchonetes e estabelecimentos similares que façam parte da rede de estabelecimentos credenciados, destinados aos servidores da Prefeitura Municipal (peça 1). A abertura e análise das propostas foi designada para 27/06/2022, às 12h30.

Na peça inicial, a denunciante, em síntese, alegou que o item 10.1.1.3 do edital seria irregular, uma vez que proíbe a apresentação de taxa de administração negativa.

Aduziu, nesse sentido, que a referida previsão frustraria o caráter competitivo do certame, suprimindo a etapa de lances do pregão, em violação às disposições do art. 3º, §º 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993 e do art. 4º da Lei 10.520/2002; e que as disposições da Medida Provisória 1.108/2022 e do Decreto 10.854/2021 se destinariam às empresas beneficiárias do PAT (Programa de Alimentação do Trabalhador) e não alcançariam servidores não subordinados à CLT, a exemplo de servidores estatutários, sendo portanto inaplicável aos contratos da administração pública.

Protocolizada em 21/06/2022, a denúncia foi recebida por despacho do Conselheiro Presidente (peça 14) e distribuída à minha relatoria na mesma data (peça 15).

À peça 16, deferi o pedido cautelar, determinando a suspensão do certame até que fosse resolvido o mérito da denúncia, considerando que a atual jurisprudência do TCU e deste Tribunal de Contas se posicionam pela aceitação da taxa de administração negativa em contratações análogas. Tal decisão foi referendada pela Segunda Câmara na sessão de 30/06/2022 (peça 22).

Em 06/07/2022, a Sra. Marina Pedrosa Niquini, Diretora do Departamento de Licitações e Contratos e subscritora do edital do pregão eletrônico, informou que o procedimento licitatório foi suspenso, em cumprimento à decisão prolatada por este Tribunal (peça 24).

Os autos, então, foram encaminhados à Coordenadoria de Fiscalização de Editais e Licitação (CFEL), que concluiu pela procedência da denúncia (peça 26).

Em seu parecer de peça 28, o Ministério Público de Contas requereu a citação da Sra. Marina Pedrosa Niquini para que se manifestasse sobre a irregularidade narrada nos autos.

Apesar de regularmente citada em 17/08/2022 (peças 30 e 31), não houve manifestação da responsável (peça 32).

Por fim, os autos retornaram ao Ministério Público de Contas, que concluiu pela procedência da denúncia (peça 33).

É o relatório, no essencial.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Conforme noticiado, tratam os autos de denúncia interposta em face da ocorrência de possíveis irregularidades no edital do Pregão Eletrônico para Registro de Preços 56/2022 (Processo Licitatório 134/2022), deflagrado pelo Município de Itabirito, para futuro e eventual fornecimento e administração de cartões eletrônicos, para aquisição de refeições prontas em



restaurantes, lanchonetes e estabelecimentos similares que façam parte de rede de credenciada, destinados aos servidores da Prefeitura Municipal (peça 1).

A denunciante, em síntese, alegou que edital em exame contém cláusula que proíbe a apresentação de taxa de administração negativa, com fundamento nos artigos 3º e 5º da Medida Provisória 1.108/2022 e no Decreto 10.854/2021, frustrando a competitividade no certame e suprimindo a etapa de lances do pregão, pois, em tese, não haveria como ocorrer disputa de melhor oferta, já que não seria possível ofertar proposta menor que zero, defronte ao disposto no art. 3º, §º 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993 e no art. 4º da Lei 10.520/2002.

Argumentou, também, que, se aplicado o benefício de preferência à ME e EPP, o empate seria caracterizado somente entre as empresas que comprovarem esta condição, já que as demais licitantes não teriam a possibilidade de ofertar taxa menor que zero para cobrir a proposta e se classificar para os sorteios, ferindo o princípio da isonomia insculpido no art. 3º da Lei 8.666/1993.

Outro ponto questionado diz respeito à própria aplicação da Medida Provisória 1.108/2022 pelo Município de Itabirito, uma vez que, para a denunciante, a sua abrangência não alcançaria servidores não subordinados à CLT, a exemplo de servidores estatutários, cujo diploma não tem aplicabilidade no âmbito da Administração Pública:

[...] a finalidade da norma é alcançar as empresas beneficiárias do PAT – Programa de Alimentação do Trabalhador, pois a justificativa da norma é impedir que as empresas se beneficiem duplamente, ou seja, com o incentivo fiscal do PAT e com o desconto dado pelas fornecedoras de cartão, conforme consta na Exposição de Motivos da referida MP. Contudo, os órgãos públicos, ainda que inscritos no PAT, não são beneficiários do incentivo fiscal (p. 4 da peça 1).

Suscitou a denunciante, por fim, aparente conflito de normas entre a MP 1.108/2022 e as Leis 8.666/1993 e 10.520/2002, tendo em vista que a limitação da taxa imposta pela MP seria contrária aos princípios basilares da licitação, quais sejam, competitividade e seleção da proposta mais vantajosa.

De início, cumpre destacar o inteiro teor da cláusula editalícia impugnada pela denunciante:

10.1.1.3 - Em nenhuma hipótese será admitida taxa negativa, mesmo em caso em que o sistema habilite ao fornecedor em empate para cobrir a oferta, deverá ser mantida a proposta com o valor máximo que alcance a taxa zero.

Destaca-se, também, o disposto no art. 3º da Medida Provisória 1.108/2022 (transformada na Lei 14.442/2022), que dispõe sobre o pagamento de auxílio-alimentação de que trata o § 2º do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho, e que teria dado fundamento para a exigência contida no acima mencionado item 10.1.1.3 do edital em exame:

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

- I - qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado;
- II - prazos de repasse ou pagamento que descaracterizem a natureza pré-paga dos valores a serem disponibilizados aos trabalhadores; ou
- III - outras verbas e benefícios diretos ou indiretos de qualquer natureza não vinculados diretamente à promoção de saúde e segurança alimentar do trabalhador, no âmbito de contratos firmados com empresas emissoras de instrumentos de pagamento de auxílio alimentação.

§ 1º A vedação de que trata o caput não se aplica aos contratos de fornecimento de auxílio-alimentação vigentes, até seu encerramento ou até que tenha decorrido o prazo de quatorze meses, contado da data de publicação desta Medida Provisória, o que ocorrer primeiro.

§ 2º É vedada a prorrogação de contrato de fornecimento de auxílio-alimentação em desconformidade com o disposto no caput.

Em consulta própria ao site do Município de Itabirito⁽¹⁾, verifiquei que os fatos ora denunciados pela empresa BF Instituição de Pagamento Ltda. também foram objeto de impugnação no âmbito do Pregão Eletrônico 56/2022 (documento anexado à peça 36).

A impugnação, contudo, foi julgada improcedente pelo Sr. Rodrigo Soares, Pregoeiro, que, em resposta publicada no dia 22/06/2022⁽²⁾, teceu as seguintes considerações acerca dos apontamentos de irregularidade (documento anexado à peça 37):

De forma breve, mas concisa a Administração Municipal pontua que sempre primou pelo atendimento da legislação vigente, em especial aquelas que regem os procedimentos licitatórios, atendendo ainda aos princípios administrativos e constitucionais.

Nesse sentido, importa salientar que não pode a Administração Pública lançar mão apenas de uma lei, como o impugnante requer, uma vez que há outras legislações que compõem o ordenamento jurídico brasileiro que precisam ser incorporadas ao procedimento licitatório a fim de que se atenda à legislação como um todo.

No que diz respeito à inutilização e inconstitucionalidade da Medida Provisória 1.108/2022, importa destacar que há nos autos do Processo Licitatório parecer jurídico da procuradoria jurídica consultiva, no qual deve a Administração Municipal aplicar a legislação vigente, não podendo furtar-se das novas normativas. Portanto, sua aplicabilidade encontra respaldo jurídico. [...]

Assim, uma vez que não há julgados ou ações propostas deste modo e neste ínterim, a suposta inconstitucionalidade abordada não pode ser acatada, devendo o licitante haver os meios próprios para perquirir.

Salienta-se que o Tribunal de Contas da União possui o entendimento de que, em processos licitatórios dessa natureza, não deve ser proibida a apresentação de propostas contendo taxa de administração zero ou negativa, podendo citar, nesse sentido, decisão proferida no bojo do Acórdão 321/2021-Plenário, do qual retiro o seguinte enunciado:

Em licitações que tenham por objeto o gerenciamento de frota com tecnologia de pagamento por cartão magnético, **não deve ser proibida a apresentação de proposta de preço com taxa de administração zero ou negativa, porquanto a remuneração das empresas prestadoras desse serviço não se limita ao recebimento da taxa de administração**, mas decorre também da cobrança realizada aos estabelecimentos credenciados e dos rendimentos das aplicações financeiras sobre os repasses dos contratantes, desde seu recebimento até o efetivo pagamento à rede conveniada.

(TCU. Acórdão 321/2021-Plenário. Rel. Ministro Augusto Nardes. Sessão do dia 24/02/2021; grifos nosso)

Esta Corte de Contas também já teve a oportunidade de se manifestar sobre o tema em ocasiões anteriores, posicionando-se pela licitude da fixação de taxa de administração negativa em editais de procedimentos licitatórios destinados ao fornecimento de cartões de auxílio-alimentação:

DENÚNCIA. PREGÃO ELETRÔNICO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO DE CRÉDITOS PARA ALIMENTAÇÃO E REFEIÇÃO, POR MEIO DE CARTÕES ELETRÔNICOS OU MAGNÉTICOS. TAXA DE ADMINISTRAÇÃO NEGATIVA COMO CRITÉRIO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE ORÇAMENTO ESTIMADO E DE PESQUISA DE PREÇOS. IMPROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA.

¹ Disponível em: <http://api.conectbr.com.br/Licitacao/Busca/?token=XEOK3i50ICa5IcpiNG7vXQ==>. Acesso em 23 set. 2022.

² Disponível em <http://api.conectbr.com.br/Licitacao/Busca/?token=XEOK3i50ICa5IcpiNG7vXQ==>. Acesso em 23 set. 2022.

1. Nas licitações destinadas ao fornecimento de cartões de vale refeição e ou alimentação, é lícita a fixação de taxas de administração negativas.

2. A Portaria MTE n. 1.287/2017 extrapolou a competência regulamentar ao vedar a adoção de taxas de serviço negativas para as empresas prestadoras inscritas no PAT, impedindo a obtenção de propostas mais vantajosas nos certames relacionados a contratos de fornecimento e administração de vale-alimentação e ou vale-refeição, em ofensa ao disposto no art. 4º inciso X da Lei Nacional n. 10.520/02 e no art. 3º da Lei n. 8.666/93.

(TCEMG. Denúncia 1054096. Relator Conselheiro Substituto Hamilton Coelho. Sessão do dia 24/05/2022. Disponibilizada no DOC do dia 01/06/2022)

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. CARTÃO ELETRÔNICO/TICKET. PENALIDADE ADMINISTRATIVA. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA. ABRANGÊNCIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA. PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR-PAT. TAXA DE ADMINISTRAÇÃO NEGATIVA. INEXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA. AUSÊNCIA DE PESQUISA DE PREÇOS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. RECOMENDAÇÃO. [...]

2. Nas licitações destinadas ao fornecimento de vale-refeição/alimentação, é admissível a oferta de taxas de administração negativas ou de valor zero.

3. A Portaria MTE n. 1.287/2017 ultrapassou a competência regulamentar ao vedar a adoção de taxas de serviço negativas para as empresas prestadoras inscritas no PAT, impedindo a obtenção de propostas mais vantajosas nos certames relacionados a contratos de fornecimento e administração de vale-alimentação/vale-refeição, constituindo-se ofensa ao art. 4º, inciso X, da Lei Federal n. 10.520/2002 e ao art. 3º da Lei Federal n. 8.666/93.

(TCEMG. Denúncia 1053877. Relator Conselheiro Wanderley Ávila. Sessão do dia 05/08/2021. Disponibilizada no DOC do dia 22/09/2021)

Nesse cenário, ao analisar o pedido de medida cautelar, teci as seguintes considerações (peça 16):

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 decidi 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.

Para a Administração Pública, a aceitação de taxa de administração negativa está diretamente relacionada à obtenção da proposta mais vantajosa e, conseqüentemente, a menores preços nos processos licitatórios para fornecimento de vale-alimentação e vale-refeição. Tal prática não implica, necessariamente, na inexecuibilidade da proposta, pois, conforme já estabelecido em julgados deste Tribunal, a prestadora dos serviços pode obter como receita própria não apenas a taxa de administração, mas também o resultado das aplicações do montante dos benefícios concedidos durante o período compreendido entre a sua disponibilização pela contratante e o repasse à rede credenciada.

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.

À vista disso, deferi o pedido cautelar e determinei a suspensão, na fase em que se encontrava, do Pregão Eletrônico 56/2022 (Processo Licitatório 134/2022), deflagrado pelo Município de

Itabirito, até que fosse resolvido o mérito da presente denúncia (peça 16). A decisão foi referendada pela Segunda Câmara na sessão de 30/06/2022 (peça 22).

Ato contínuo, os autos foram encaminhados à Coordenadoria de Fiscalização de Editais e Licitação, que concluiu pela procedência da denúncia, considerando o entendimento deste Tribunal sobre a admissão de taxas de administração negativas e verificando-se que a MP 1.108/2022 não se aplica ao regime da Administração Pública (peça 26):

Nas licitações voltadas à contratação de fornecimento de vale refeição ou alimentação, a taxa de administração pode corresponder a um valor zero ou ser negativa, uma vez que as empresas contratadas, além da taxa de administração recebida do Poder Público, são remuneradas por outras fontes, como (1) o resultado das aplicações financeiras do montante recebido da Administração Pública (correspondente aos benefícios a serem repassados aos servidores públicos na forma de vale refeição ou alimentação) no período compreendido entre a sua disponibilização pela Administração Pública e o seu repasse ao estabelecimento comercial credenciado; e (2) as “comissões” recebidas dos estabelecimentos comerciais credenciados.

A apresentação de ofertas de taxa de administração de valor negativo, por si só, não torna as propostas inexequíveis, devendo ser averiguada a compatibilidade da taxa oferecida em cada caso concreto, a partir de critérios objetivos. A possibilidade de ofertas de percentuais de administração negativos, em outra análise, torna a contratação mais benéfica à administração, aumentando a competitividade.

Ocorre que, com a publicação da Medida Provisória 1.108/2022, intensificaram as denúncias neste Tribunal de Contas contra a autorização de taxas de administração negativas. Isso porque a MP, em seu art. 3º, proíbe a imposição de descontos sobre o valor contratado nos contratos de fornecimento de auxílio alimentação:

[...]

A referida norma dispõe sobre o pagamento de auxílio-alimentação de que trata o § 2º do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho e altera a Lei 6.321/1976.

A MP, dessa forma, é norma aplicável ao regime da CLT e da Lei 6.321/1976, que regulamenta o Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT) – programa que prevê dedução do Imposto de Renda sobre o lucro das empresas que oferecem vale refeição ou alimentação aos empregados.

As disposições da recente norma – referentes ao regime celetista - não possuem, portanto, aplicabilidade à administração pública estatutária. (grifo nosso)

A CFEL ainda apresentou jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que afastou a alegação de irregularidade por ausência de cadastro no PAT, uma vez que, embora a administração tenha criado programa que guarde correspondência ao PAT, ela não se submete às regras deste:

Esclareça-se de início não ser compulsória a adesão ao Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT. Simples consulta à lei que o instituiu (n. 6.321, de 14 de abril de 1976) é suficiente para obter certeza quanto a isso. Vem daí não constituir flagrante ofensa à letra da lei o fato de um edital de licitação, ainda quando voltado a criar ou preservar os meios de fruição de benefício que guarde correspondência com o do programa, não se submeter às regras deste.

(TCESP. TC042439/026/09. Relator Conselheiro Robson Marinho. Sessão de 03/12/2009)

O Ministério Público de Contas, em seu parecer conclusivo (peça 20), também opinou pela procedência da denúncia, apresentando, outrossim, as seguintes jurisprudências do TCU:

Em procedimentos licitatórios para operacionalização de vale-refeição, vale-alimentação, vale combustível e cartão combustível, deve ser avaliado, em cada caso concreto, se a admissão de ofertas de taxas de administração negativas ou de valor zero é exequível, a partir de critérios previamente fixados no edital.

(TCU. Acórdão 1.556/2014. Segunda Câmara. Relatora Ministra Ana Arraes. Sessão de 15/04/2014)

Em licitações para operacionalização de vale-refeição, vale-alimentação, vale-combustível e cartão combustível, não se deve proibir o oferecimento de proposta de preço com taxa de administração zero ou negativa. Entretanto, em cada caso, deve ser avaliado se a proposta com taxa de administração negativa ou de valor zero é exequível, a partir de critérios previamente fixados no edital.

(TCU. Acórdão 2.004/2018. Primeira Câmara. Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 13/03/2018)

Não obstante, o *Parquet* de Contas entendeu que não deve ser aplicada multa à responsável, considerando que o edital foi suspenso pela administração, em atendimento a decisão deste Tribunal.

Com efeito, a busca da menor taxa de administração tem por fim minimizar o dispêndio de recursos pela Administração Pública, incidindo sobre determinada base de cálculo fixada no instrumento convocatório.

Não remanesce dúvida, à luz da jurisprudência do TCU, desta Corte de Contas e de outros Tribunais, quanto à aceitabilidade da taxa de administração negativa em contratações destinadas ao fornecimento de cartões de vale refeição ou alimentação, como a que ora se examina.

Desse modo, por todo o exposto acima, entendo, na mesma linha do Ministério Público de Contas e da unidade técnica, pela procedência da denúncia.

Deixo, contudo, de aplicar multa à responsável, considerando que a aplicabilidade da Medida Provisória 1.108/2022 no presente caso se deu com base em parecer jurídico da procuradoria do Município, e porque, com a suspensão do certame, não ficou demonstrado prejuízo concreto aos licitantes.

Não obstante, determino à Sra. Marina Pedrosa Niquini, Diretora do Departamento de Licitações e Contratos do Município de Itabirito, que, em caso de eventual continuidade do Pregão Eletrônico para Registro de Preços 56/2022 (Processo Licitatório 134/2022), providencie a retificação do edital do certame para excluir a vedação de fixação de taxas de administração negativas, sob pena de aplicação de penalidade, nos termos do art. 85, III, da Lei Orgânica do Tribunal.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, proponho que seja julgada procedente a denúncia, considerando como irregular o item 10.1.1.3 do edital do Pregão Eletrônico 56/2022, do Município de Itabirito, por proibir a apresentação de taxa de administração negativa no certame.

Proponho, ainda, que seja determinado à Sra. Marina Pedrosa Niquini, Diretora do Departamento de Licitações e Contratos do Município de Itabirito, que, em caso de eventual continuidade do Pregão Eletrônico para Registro de Preços 56/2022 (Processo Licitatório 134/2022), providencie a retificação do edital do certame para excluir a vedação de fixação de taxas de administração negativas, sob pena de aplicação de penalidade, nos termos do art. 85, III, da Lei Orgânica do Tribunal.

Promovidas as medidas legais cabíveis à espécie, arquivem-se os autos.

* * * * *

jc/saf



| | | |
|----------------------------|-----------------------------------|--------------|
| Processo nº | 21979-0200/22-1 | |
| Matéria: | REPRESENTAÇÃO - EXERCÍCIO DE 2022 | |
| Poder: | EXECUTIVO MUNICIPAL DE PANAMBI | |
| Gestor: | DANIEL HINNAH | |
| Advogados: | GLADIMIR CHIELE E OUTROS | PEÇA 4487201 |
| Representante: | BF INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA. | |
| Informação técnica: | 16/2022 - SRSA | PEÇA 4525438 |

Vistos em Gabinete.

Trata-se de Representação por meio da qual foram suscitadas possíveis irregularidades no Chamamento Público nº 081/2022, promovido pelo Executivo Municipal de Panambi, destinado ao "Credenciamento para a prestação dos serviços de administração e fornecimento dos cartões magnéticos para operacionalização do benefício de Cartão Auxílio à Alimentação."

Conforme a Representante sustentou na peça inaugural (peça 4454687), o edital padeceria de algumas inconformidades.

1 - Primeiro, alegou que a proibição de taxa negativa constituiria violação à regra da seleção da proposta mais vantajosa (art. 3º da LF nº 8.666/93). Consoante afirmou, "todas as licitantes irão ofertar proposta com Taxa 0%, ocorrendo o empate entre elas". Em decorrência, "a proposta será selecionada mediante 'SORTEIO'", o que, em seu entendimento, "é critério de desempate, não podendo ser utilizado como critério de julgamento de proposta". Ainda, acrescentou que, "se aplicado o benefício de preferência à ME e EPP, somente as empresas que comprovarem esta condição, participarão do 'sorteio', pois os demais licitantes não conseguirão cobrir a proposta da ME e EPP, haja vista a impossibilidade de ofertar Taxa menor que 0%". Nesse contexto, concluiu que restará prejudicado o caráter competitivo do certame.

2 - Após, argumentou infringência a disposições da Lei Federal nº 10.520/2002. Segundo referiu, o "artigo 4º é claro ao estabelecer que os autores das ofertas mais baixas poderão ofertar lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor". Contudo, em razão da vedação da taxa negativa, "todos os licitantes irão ofertar a Taxa 0%, configurando empate, que muito provavelmente, será solucionado através da aplicação do benefício de preferência às empresas que comprovem a condição de ME e EPP, e posteriormente por 'sorteio'". Em suma, defendeu que a aludida proibição "implicará na supressão da etapa de lances, obrigatória na modalidade Pregão, e impedirá a administração de



cumprir o dever de negociar o preço para obter proposta mais vantajosa, evidente se tora a violação à Lei 10.520/2002”.

3 - Defendeu também que a Medida Provisória nº 1.108/2022 (que dispõe sobre o pagamento do auxílio-alimentação de que trata o §2º do artigo 457 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT) tem aplicabilidade restrita às relações trabalhistas, não estendendo seus efeitos àquelas de natureza estatutária, como é o caso dos autos.

4 - Quanto ao Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT, cuja legislação de regência veda a prática da taxa negativa, alegou que “a pessoa jurídica beneficiária (...) é aquela que possui tributação sobre o lucro real, não sendo compatível com empresas de lucro presumido ou optante do Simples, tampouco com os órgãos públicos”.

Aduziu que, “considerando que a finalidade da norma proibitiva contida no art. 3º da MP 1.108/2022, é impedir o duplo benefício às pessoas jurídicas beneficiárias (...), referida norma não se aplica aos órgãos públicos, vez que não se enquadram como pessoa beneficiária”, mesmo que sejam inscritos no referido programa.

5 - Por fim, arguiu a inconstitucionalidade da indigitada medida provisória, em razão de suposta ofensa ao artigo 62 da Constituição Republicana, pois não teria sido preenchido o requisito de “relevância e urgência”, assim como ao princípio da livre concorrência (art. 170, inc. IV).

Ao fim, requereu, em sede liminar, a suspensão do certame. Juntada documentação (peças 4454690 e seguintes).

Ao examinar o tema, a então Relatora, Conselheira-Substituta Heloisa Piccinini, manifestou-se da seguinte forma:

(...) reputo necessário maior aprofundamento da matéria para decidir a respeito, mesmo que em juízo de cognição sumária. Assim, conjugando os princípios da segurança jurídica e do interesse público, difiro o exame do pedido de suspensão cautelar do certame, cabendo à Direção de Controle e Fiscalização - DCF desta Casa, após manifestação do Gestor, a análise das questões levantadas pela Representante e outras que, eventualmente, considerar pertinentes.

II - Finalmente, sobre a alegação de que a data final para credenciamento seria 08-07-2022, destaco o item 2.2 do edital, segundo o qual “O credenciamento permanecerá aberto a futuros interessados que preencherem as condições previstas nesse edital, durante todo o seu período de vigência”. Ou seja, o estabelecido no instrumento convocatório atenua o *periculum in mora*.

III - Assim, com fundamento no artigo 10, inciso II, c/c o artigo 17, da Resolução nº 1.112/2019, determino a intimação do Responsável identificado na epígrafe, para que, se assim entender, se manifeste no



prazo máximo de **cinco dias úteis** sobre o conteúdo da Representação e os documentos correspondentes.

Sobrevindo esclarecimentos, à Direção de Controle e Fiscalização - DCF, a fim de que, também no prazo de **cinco dias úteis**, proceda ao respectivo exame, na forma do artigo 10, inciso III, c/c artigo 17, da Resolução nº 1.112/2019. (Grifos originais.)

Devidamente intimado, o Gestor manifestou-se, sustentando a regularidade dos procedimentos adotados (peças 4487200). Juntou documentação (peças 4487216 e seguintes).

A Unidade Técnica, ao examinar o conteúdo dos autos, assim concluiu (peça 4525438):

Diante dos fatos e documentação trazidos aos autos, a Equipe de Auditoria entende como irregular a vedação à taxa negativa e a escolha do chamamento público para contratação do serviço, devendo ser promovido processo licitatório em modalidade que propicie a competição entre as empresas do mercado, objetivando a obtenção da melhor proposta para a Administração Pública.

Constata-se infringência ao princípio constitucional da economicidade e ao disposto no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal.

Quando à arguição do descumprimento dos ditames da Medida Provisória nº 1.108/2022, restou claro que a mesma não possui aplicação em órgãos públicos.

Assim, considerando a presença do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, sugere-se:

- o deferimento da concessão de tutela de urgência, com fulcro no inciso XIII do artigo 5º do RITCE e Resolução TCE-RS n. 932/2012, regulamentada pela Resolução nº 1.112/2019, c/c o artigo 294 e 300 do CPC (Lei Federal nº 13.105/2015) para suspender o Chamamento Público/Credenciamento nº 81/2022, bem como os eventuais ajustes decorrentes, no estágio em que se encontrar, até que esta egrégia Corte de Contas analise o mérito das questões aqui reportadas e de outras que eventualmente julgue necessárias;

- no mérito, a determinação ao Gestor Público para que anule o Chamamento Público aqui em análise e promova o regular processo licitatório, possibilitando a oferta de taxas administrativas negativas, propiciando a competição entre as empresas, visando ao maior benefício para a Administração Pública, ou que, alternativamente, promova o pagamento do referido benefício em folha de pagamento.

Finalmente, importa destacar que não se vislumbra a existência de perigo da demora em reverso na concessão da tutela ora pleiteada, eis que o serviço objeto do chamamento público pode ser atendido mediante o crédito do benefício em folha de pagamento.

Após, retornaram os autos a este Gabinete.



69

É o relatório.

DECIDO

I - O deferimento de qualquer tutela de urgência pressupõe o atendimento a dois requisitos, isto é, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O primeiro consiste na verossimilhança das alegações que embasam o pedido. O segundo, no perigo (prejuízo) da demora da prestação jurisdicional, caso o pleito seja concedido somente ao final do processo (e não de forma liminar, como postulado). Não é outra a compreensão extraída do artigo 2º da Resolução TCE nº 1.112/2019, ao dispor que “a aplicação da tutela de urgência será determinada pelo Conselheiro-Relator, de ofício ou mediante provocação, quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

II - Inicialmente, destaco que a Medida Provisória nº 1.108/2022 não é aplicável ao caso em tela. Isso porque, conforme estabelecem os artigos 1º e 2º do referido diploma:

Art. 1º Esta Medida Provisória dispõe sobre o **pagamento 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, 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 1943.

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 1943, deverão ser utilizadas exclusivamente para o pagamento de refeições em restaurantes e estabelecimentos similares ou para a aquisição de gêneros alimentícios em estabelecimentos comerciais. (Grifei.)

Em outros termos, enquanto a legislação federal trata do benefício na esfera trabalhista, sendo regido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aquele a ser concedido aos servidores do Município de Panambi possui natureza estatutária. Ou seja, o fundamento para a não aplicação desse ato normativo ao caso em tela consiste na existência de regramento próprio, no âmbito local, do auxílio-alimentação.

Além disso, verifico haver controvérsia a respeito da submissão dos entes públicos ao Decreto Federal nº 10.854/2021, o qual, em seu artigo 175, veda deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado de empresas beneficiárias do Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT. Contudo, conforme destacou a Supervisão, o Executivo Municipal de Panambi “não está inscrito no PAT”, o que, ao menos para o caso aqui examinado, afasta o debate.



Além disso, observo que o acurado exame empreendido pelo Serviço de Auditoria, por meio da Informação nº 16/2022 - SRSA (peça 4525438), demonstrou a verossimilhança das questões levantadas pela Representante.

De início, destacou-se a impossibilidade de se vedar a taxa de administração negativa, na linha da remansosa jurisprudência desta Casa e do Tribunal de Contas da União - TCU.

Ademais, criticou-se a justificativa da Administração para vedar o índice negativo, uma vez que foram constatados, entre outros, "diversos equívocos de análise do mercado". Concluiu-se, ainda, pela irregularidade na escolha do chamamento público, tendo em vista a possibilidade de competição entre os potenciais interessados em contratar com a Municipalidade.

Assim constou do informe:

(...) Primeiramente, de fato, as administradoras de cartão cobram taxas dos estabelecimentos credenciados, no entanto, não é o fato da Administração Pública não admitir taxa negativa que fará com que a operadora dos cartões deixe de cobrar a taxa dos credenciados. E mais, o Executivo Municipal nem mesmo tem ingerência sobre essas relações, tendo em vista serem relações entre particulares que fogem de sua alçada. O resultado da vedação à taxa negativa é tão somente a renúncia dessa receita por parte do município. Além disso, a Administração não tem influência alguma sobre o percentual da taxa cobrada pela empresa operadora de cartão junto aos credenciados, pois as mesmas são definidas dentro de uma racionalidade do mercado. Pois se uma operadora de cartão cobrar uma taxa demasiadamente alta, não existirão interessados em se credenciar. Esse percentual é definido dentro de uma lógica do mercado.

Tendo em vista que a Administração apresenta preocupação quanto ao repasse dos custos financeiros dos estabelecimentos às mercadorias que serão consumidas pelos servidores, pode, alternativamente, pagar o referido auxílio diretamente na folha de pagamento. Nesse caso, o servidor poderia pleitear desconto em função do pagamento em dinheiro, conforme autorizado na Lei n.º 13.455/2017, ou ainda, escolher estabelecimentos que não estejam credenciados a operadoras de cartão, não tendo assim, os custos de taxas inseridos em seus produtos.

Na alegação da suposta imoralidade a Administração ignora a afirmação da Recorrente de que não é apenas com a taxa cobrada dos estabelecimentos que as operadoras de cartão ganham dinheiro (...).

(...)

Assim, confirma-se que a justificativa para a vedação à taxa negativa não encontra respaldo nas práticas de mercado, constituindo-se numa condenação ao sistema financeiro em si, sem sequer entrar profundamente na análise do mesmo.

(...)



21

Verifica-se que a Administração admite que existem diversas empresas aptas no mercado a prestar o serviço pretendido. Consequentemente, constatam-se presentes todos os requisitos para que se promova a competição entre essas empresas visando à obtenção da proposta mais vantajosa, sendo, inclusive, esta uma exigência expressa no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal.

Os estudos empreendidos levam a crer que a dispensa de licitação, (chamamento público/credenciamento) escolhida pela Municipalidade para a contratação em comento, não se caracteriza como o melhor procedimento a ser utilizado.

O credenciamento é amplamente utilizado naqueles casos em que não é viável a escolha de apenas um particular para suprir os interesses da Administração. Neles, a efetiva satisfação da necessidade pública demanda a constituição de uma espécie de banco de fornecedores, composto por todos os particulares que preenchessem requisitos previamente fixados em regulamento, e que seriam convocados, segundo critérios objetivos de distribuição, para firmar contratos à medida que isso se fizesse necessário.

Claramente a contratação da prestação de serviços de administração e fornecimento dos cartões magnéticos para operacionalização do benefício de cartão auxílio alimentação, não se enquadra na possibilidade supracitada.

Considerando que o objeto a ser contratado possibilita o competitivo entre as empresas interessadas, direcionar a escolha da modalidade de licitação para aquela que permita uma real competição entre as empresas seria o mais indicado, segundo a legislação, para o caso concreto.

A escolha pelo chamamento contraria a obrigação de realização de licitação, segundo o artigo 2º da Lei Federal 8.666/93.

(...)

Assim, verifica-se que a taxa administrativa negativa foi excluída do chamamento, sendo sua prática vedada, e que a espécie de dispensa de licitação (Chamamento) não propicia a competição entre as empresas interessadas.

Registre-se que, se não for suspenso o chamamento público e possíveis contratos firmados a ele vinculados, a Administração, a cada pagamento do auxílio alimentação, estará abrindo mão da receita resultante da taxa negativa, habitual no mercado.

Por todo o exposto, a Equipe de Auditoria concorda com os argumentos da parte autora quando às inconformidades no edital do Certame. Ainda, apresenta argumentos considerados pertinentes quanto à escolha do chamamento para a seleção da proposta mais vantajosa.

Ainda, vale notar que o Superior Tribunal de Justiça – STJ se posicionou sobre a taxa de administração em sede de recursos repetitivos, vindo a firmar a tese contida no Tema 1038, no sentido de que os editais de licitação não podem



prever percentual mínimo referente à taxa de administração, sob pena de ofensa ao artigo 40, inciso X, da Lei Federal nº 8.666/1993. Veja-se:

(...)

4. A fixação de percentual mínimo de taxa de administração em edital de licitação/pregão fere expressamente a norma contida no inciso X do art. 40 da Lei nº 8.666/1993, que veda "a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência".

5. A própria Lei de Licitações, a exemplo dos §§ 1º e 2º do art. 48, prevê outros mecanismos de combate às propostas inexequíveis em certames licitatórios, permitindo que o licitante preste garantia adicional, tal como caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, seguro-garantia e fiança bancária.

6. Sendo o objetivo da licitação selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, consoante expressamente previsto no art. 3º da Lei nº 8.666/1993, a fixação de um preço mínimo atenta contra esse objetivo, especialmente considerando que um determinado valor pode ser inexequível para um licitante, porém exequível para outro. Precedente do TCU.

7. Deve a Administração, portanto, buscar a proposta mais vantajosa; em caso de dúvida sobre a exequibilidade, ouvir o respectivo licitante; e, sendo o caso, exigir-lhe a prestação de garantia. Súmula nº 262/TCU. Precedentes do STJ e do TCU.

(...)

Logo, na linha da manifestação do Órgão Técnico, e pelas razões expostas, resta configurada a verossimilhança das alegações da Representante.

Todavia, observo que já foram firmados dois contratos decorrentes do chamamento público, conforme dados constantes do sistema LicitaCon. Em 01-07-2022, foi celebrado ajuste com a empresa Banrisul Cartões S.A. e, em 11-07-2022, com a empresa Personal Net Tecnologia de Informação Ltda.

Isso em vista, e diante da natureza do objeto pactuado, assim como de eventuais despesas realizadas pelas contratadas para a implantação do serviço – e que poderiam ter de vir a ser indenizadas pela Administração¹ –, tenho que a concessão de tutela de urgência deve ser objeto de ponderação.

¹ Segundo o artigo 59, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.666/1993, "A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa".



De fato, não se pode perder de vista o impacto social negativo que a suspensão dos ajustes poderia causar aos Municípios, cujo direito à alimentação, previsto pelo artigo 6º da Constituição da República, poderia ser atingido de maneira significativa.

Embora o Serviço de Auditoria tenha destacado a ausência de perigo de dano reverso, cabe ponderar, no caso em apreço, eventual dificuldade operacional em suspender os contratos celebrados e retornar à sistemática anterior, de pagamento direto aos beneficiários.

Além disso, a manutenção dos contratos, por ora, não configuraria prejuízo direto ao erário, tendo em vista a prática de taxa de administração zero. De fato, como o valor despendido, antes transferido de forma direta aos Municípios, é o mesmo a ser repassado às empresas, o dano patrimonial se configura apenas ante a possibilidade de celebração de contrato com taxa de administração negativa.

Assim, entendo que, neste momento, por força do artigo 21 do Decreto-Lei nº 4.657/1942², a medida adequada é a expedição de comando para que a Administração local se abstenha de firmar novos contratos decorrentes do certame em questão. Nesse contexto, vale ressaltar que, acaso confirmadas as falhas apontadas, o Órgão Julgador, em decisão fundada em cognição exauriente, poderá, por exemplo, assinar prazo para que a Administração lance novo edital desprovido de ilegalidades, promovendo, então, a anulação dos ajustes possivelmente eivados de nulidade.

IV – Isso posto, com fundamento nos artigos 10, combinado com o 12 da Resolução TCE nº 1.120/2020, e 12, inciso XIII, alínea a, do Regimento Interno deste Tribunal – RITCE, decido pela **concessão parcial da tutela de urgência pleiteada, determinado ao Executivo Municipal de Panambi que se abstenha de firmar novos contratos decorrentes do Chamamento Público nº 081/2022, até que esta Casa se manifeste de forma definitiva a respeito da matéria.**

Determino, ademais, que o senhor Daniel Hannah, Administrador do Executivo Municipal, seja intimado da presente decisão, de acordo com as normas de regência, a fim de que adote as providências necessárias ao cumprimento desta

² Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.



24
2

ordem, bem como para, querendo, prestar esclarecimentos, em 30 dias (art. 12, inc. IV, do RITCE e 13, inc. II, da Resolução TCE nº 1.112/2019).

Cientifiquem-se o Ministério Público de Contas – MPC (art. 36, inc. VII, do RITCE), o Controle Interno do Município de Panambi (art. 4º, parágrafo único, da Resolução TCE nº 1.112/2019), bem como a empresa Representante.

Analizados os esclarecimentos (art. 13, inc. III, da Resolução nº 1.112/2019) ou na falta desses, ao Ministério Público de Contas – MPC, para manifestação (art. 13, inc. IV, da Resolução nº 1.112/2019 e art. 36, inc. II, do RITCE).

Ao SEPROC, para a adoção das providências de estilo.

Gabinete, em 03 de agosto de 2022.

Roberto Debacco Loureiro,
Conselheiro-Substituto, Relator.

E-MC0021979221-16.docx/13