



Câmara Municipal de Jundiá

Estado de São Paulo

Comprovante de Protocolo



Código de Autenticidade: OTMxOTA=

Número / Ano

1372/2023

Data / Horário

16/03/2023 - 16:07

Assunto

IMPUGNAÇÃO - CÂMARA MUNICIPAL DE JUNDIAÍ/SP

Interessado(a)

BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA

Natureza do Processo

Administrativo

Tipo de Documento

LICITAÇÃO/COMPRAS

Número de Páginas

75

Recebido por:

sueli

Chave de Acesso

924c1767-7cef-4912

Consulta de Protocolo: <https://sapl.jundiai.sp.leg.br/consultas/protocolo>



Thiago M. de Almeida Giolo <thiago@jundiai.sp.leg.br>

Fwd: IMPUGNAÇÃO - CÂMARA MUNICIPAL DE JUNDIAÍ/SP

1 mensagem

Protocolo Câmara Municipal de Jundiaí <protocolo@jundiai.sp.leg.br>

16 de março de 2023 às 16:15

Para: "Thiago M. de Almeida Giolo" <thiago@jundiai.sp.leg.br>

Boa tarde

Segue em anexo, comprovante de recebimento de protocolo.

Att

----- Forwarded message -----

De: **Ricardo Luiz Silva Caldeira** <ricardo.caldeira@bkbank.com.br>

Date: qui., 16 de mar. de 2023 às 15:58

Subject: IMPUGNAÇÃO - CÂMARA MUNICIPAL DE JUNDIAÍ/SP

To: protocolo@jundiai.sp.leg.br <protocolo@jundiai.sp.leg.br>

Prezadas(os), bom dia!

Segue anexo com a **IMPUGNAÇÃO** referente ao certame cujo o objeto é “*Contratação de empresa especializada na administração, gerenciamento e fornecimento de documentos de legitimação, tipo CARTÕES ALIMENTAÇÃO “RÍGIDOS” (eletrônicos, magnéticos ou outros provenientes de tecnologia “on line” ou equivalente), com chip de segurança ou tecnologia de melhor qualidade, munidos de senha de acesso para uso pessoal e intransferível, para validação de transações eletrônicas, mediante digitação em equipamento POS/PDV ou similar, para aquisição de gêneros alimentícios em estabelecimentos comerciais, destinados a até 135 (cento e trinta e cinco) funcionários da Câmara Municipal de Jundiaí, conforme especificações do Anexo 01 – Termo de Referência.*” referente a vedação quanto a apresentação de taxas negativas.

Atenciosamente,

Ricardo Luiz Silva Caldeira

Auxiliar Jurídico

ricardo.caldeira@bkbank.com.br

0800 9010203












www.bkbank.com.br



Esta mensagem eletrônica pode conter informações privilegiadas e/ou confidenciais, portanto fica o seu receptor notificado de que qualquer disseminação, distribuição ou cópia não autorizada é estritamente proibida. Se você recebeu esta mensagem indevidamente ou por engano, por favor, informe este fato ao remetente e a apague de seu computador imediatamente.

This e-mail message may contain legally privileged and/or confidential information, therefore, the recipient is hereby notified that any unauthorized dissemination, distribution or copying is strictly prohibited. If you have received this e-mail message inappropriately or accidentally, please notify the sender and delete it from your computer immediately.

11 anexos

-  **IMPUGNAÇÃO JUNDIAÍ.pdf**
632K
-  **6 ALTERAÇÃO CONTRATUAL - BK INSTITUICAO DE PAGAMENTO LTDA.pdf**
5144K
-  **CNH RICARDO LUIZ SILVA CALDEIRA-autenticado.pdf**
746K
-  **DOC 3 - PROCURACAO BK BANK.pdf**
1036K
-  **ACORDAO TCU TAXA NEGATIVA.pdf**
143K
-  **ADI 7248 STF - TAXA NEGATIVA.pdf**
144K
-  **DECISÃO TCE.MG - TAXA NEGATIVA.pdf**
142K
-  **DOC 10 - DECISÃO TCE.ES - TAXA NEGATIVA.pdf**
704K
-  **STJ TAXA NEGATIVA - 1840113.pdf**
122K
-  **STJ TAXA NEGATIVA - 1840154.pdf**
172K
-  **IMPUGNAÇÃO.pdf**
93K

ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DA CÂMARA MUNICIPAL DE JUNDIAÍ – ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO CONTRA EDITAL DE LICITAÇÃO
REPRESENTANTE: BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA
REPRESENTADO: CÂMARA MUNICIPAL DE JUNDIAÍ – ESTADO DE SÃO PAULO
PROCESSO Nº. 720/2023
PREGÃO Nº. 03/2023

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 29/03/2023.

As impugnações podem ser apresentadas até 02 (dois) dias úteis antes da data fixada para recebimento da proposta, nos termos do item 9.1 do edital.

Deste modo, a presente representação da Impugnação ao Edital, nesta data 16/03/2023, é tempestiva.

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 **CÂMARA MUNICIPAL DE JUNDIAÍ – ESTADO DE SÃO PAULO** publicou Edital cujo objeto é *“Contratação de empresa especializada na administração, gerenciamento e fornecimento de documentos de legitimação, tipo CARTÕES ALIMENTAÇÃO “RÍGIDOS” (eletrônicos, magnéticos ou outros provenientes de tecnologia “on line” ou equivalente), com chip de segurança ou tecnologia de melhor qualidade, munidos de senha de acesso para uso pessoal e intransferível, para validação de transações eletrônicas, mediante digitação em equipamento POS/PDV ou similar, para aquisição de gêneros alimentícios em estabelecimentos comerciais, destinados a até 135 (cento e trinta e cinco) funcionários da Câmara Municipal de Jundiaí, conforme especificações do Anexo 01 – Termo de Referência,”*

Contudo, referido edital contém cláusula que veda a oferta de taxa de administração negativa.

“3.11. Em observância ao estudo preliminar havido, não será aceita taxa negativa.”

No entanto, a administração pública deve permitir a Taxa Negativa, pois caso contrário, estará incorrendo em flagrante ilegalidade.

Em primeiro lugar cumpre ressaltar que a questão relativa à Lei nº. 14.442/2022 é objeto da ADI 7248 perante o Supremo Tribunal Federal, cujo objeto trata exatamente da inviabilidade de a administração pública ir em busca da proposta mais vantajosa, bem como impossibilita qualquer tipo de competição no certame, 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.”

Em seguida, ainda é preciso esclarecer que já decidiu o TCU que não cabe à administração pública limitar a taxa a ser ofertada pela licitante, conforme acórdão 4714/2022 – 1ª Câmara.

“[...] 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;”

No mercado de fornecimento de Cartão Alimentação e Refeição, é praxe que a grande maioria das empresas que participam de licitações, ofertem Taxa Administrativa Negativa, ou seja, conceda um desconto sobre o valor do crédito dos cartões.

Registra-se que a Taxa Negativa não implica em proposta inexequível, pois é sabido que as empresas fornecedoras de cartão possuem outras fontes de aferir lucro, como Taxa de Administração sobre as operações dos estabelecimentos, Taxa de Antecipação, Taxa de operação do sistema Portal Web, Tarifa de locação de equipamento de captura (POS), Tarifa (TED) sobre transferência de valores da conta digital, bem como pela oferta de Serviços de Valores Agregados (SVA), como seguros em gerais, operação de crédito, folha de pagamento, desconto de boletos, etc.

Ou seja, a Taxa Negativa é prática comum no mercado de fornecimento de Cartão Alimentação, o que se revela vantajoso para os órgãos públicos, que recebem um desconto sobre o valor do crédito dos cartões, gerando enorme economia ao erário, bem como se revela vantajoso para empresa, que expande sua rede credenciada bem como prospecta novos clientes da iniciativa privada, ampliando sua área de atuação.

Com a proibição da Taxa Negativa, TODAS as empresas licitantes ofertarão proposta com o mínimo possível, qual seja, Taxa 0%, como já vem ocorrendo em diversas licitações.

Com isso, os órgãos públicos não terão o desconto no valor do crédito e não aferirão a economia aos cofres públicos, o que afronta o princípio da seleção da proposta mais vantajosa, como preceitua art. 3º da Lei 8666/93.

Por conseguinte, na medida em que TODAS as empresas ofertam proposta com Taxa 0%, ocorrerá o empate, e a administração se socorrerá do sorteio, como critério de desempate.

Neste cenário, TODAS as licitações que objetivarem o fornecimento de Cartão Alimentação e Refeição, serão julgadas mediante “sorteio”, o que não se pode admitir, haja vista que “sorteio” é critério de desempate, e não critério de julgamento, havendo claro descumprimento ao art. 45, §1º da Lei 8666/93.

Por outro lado, se a administração pública não aplicar o benefício de preferência da ME e EPP, estará negando vigência à determinação da Lei Complementar 123/2006, o que fere o princípio da legalidade.

Apenas por estas premissas, já é possível afirmar que no mercado de fornecimento de Vale Alimentação/Refeição, **o regular processo licitatório**, que se pauta na isonomia, na competitividade e na seleção da proposta mais vantajosa, **simplesmente deixará de existir**.

Mas não é só isso, pois analisando a MP 1.108/2022, convertida na Lei nº. 14.442/2022, verifica-se também que a sua abrangência não é ampla e sua aplicação não é absoluta.

A Lei nº. 14.442/2022 dispõe sobre o auxílio alimentação de que trata o §2º do art. 457 da CLT (Decreto-Lei 5452/43). Logo, referida norma não se aplica aos servidores que não se subordinam ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, como por exemplo, os servidores estatutários.

Além disso, verifica-se que a Lei nº. 14.442/2022 não tem aplicabilidade no âmbito da administração pública, pois 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.

Verifica-se ainda, aparente conflito de normas entre a Lei nº. 14.442/2022 e as Leis 8666/93 e 10.520/2002, pois a limitação da taxa imposta pela MP vai contra os princípios basilares da licitação, quais sejam, competitividade e seleção da proposta mais vantajosa, especialmente, na modalidade Pregão, que prevê a etapa de disputa, mediante a oferta melhores lances. E neste ponto, cabe asseverar que as leis que regulamentam as contratações públicas são especiais, e segundo critério da especialidade previsto no art. 2º da LICC, as normas especiais prevalecem sobre as gerais.

Não bastasse isso, a Lei nº. 14.442 /2022 é passível de ter a sua inconstitucionalidade declarada, pois na medida que impõe restrições às relações comerciais e econômicas, fere o princípio constitucional da liberdade econômica e da livre iniciativa e concorrência, insculpido no art. 170 da Constituição Federal, e ainda o art. 173, §4º, que dispõe que a lei reprimirá a eliminação da concorrência.

Como se observa, há uma série de fatores que conduzem à inaplicabilidade do art. 3º da Lei nº. 14.442/2018 aos órgãos públicos. No entanto, para melhor elucidar o Íncrito Conselheiro, analisaremos cada tema individualmente, à luz do ordenamento jurídico vigente.

3- DO DIREITO

3.1- DA VIOLAÇÃO ÀS DISPOSIÇÕES DA LEI 8.666/93

Como se sabe, a Lei 8666/93, que disciplina as contratações públicas, estabelece que o processo licitatório se destina à seleção da proposta mais vantajosa para a administração. Vejamos:

*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.*

Na lição de Marçal Justen Filho, “a maior vantagem se caracteriza quando a Administração assume o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular obriga-se a realizar a melhor e mais completa prestação”¹

Pois bem.

No ramo de fornecimento de Vale Alimentação/Refeição, a proposta mais vantajosa decorre da Taxa Negativa, pois as empresas concedem um desconto no crédito dos cartões, gerando enorme economia aos cofres públicos, recurso este que pode ser revertido à outras políticas públicas.

¹ FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14.ª ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 66.

A título de exemplo, colacionamos as atas das licitações da Prefeitura de Paula Freitas-PR, Prefeitura de Curiúva-PR e Prefeitura de Paulínia-SP, em que TODAS as licitantes ofertaram Taxa Negativa, e as vencedoras contrataram com Taxa de -16%, -9,05% e -6,30%, respectivamente. Vejamos:

Prefeitura de Paula Freitas – PR (Doc. 01):

PREFEITURA MUNICIPAL DE PAULA FREITAS - PR
PAULA FREITAS-PR

ATA DE HOMOLOGAÇÃO

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 24/2022
Processo Administrativo Nº 36/2022
Tipo: AQUISIÇÃO
PREGOEIRO: TADEU RAFAEL CORDEIRO
Data de Publicação: 24/03/2022 16:29:25

LOTE 1 - HOMOLOGADO - 06/05/2022 09:16:41

VALE ALIMENTAÇÃO na forma de Cartão Eletrônico com chip e Senha,

VALORES UNITÁRIOS FINAIS

Item: 1 Unidade: UN Marca: propria Modelo: propria
Descrição: Gerenciamento e confecção e fornecimento de cartão eletrônico equipado com chip eletrônico ou tarja magnética, que realize captura, roteamento, transmissão e processamento de transações financeiras na função débito, com recargas mensais, sistema de controle de saldos e senha pessoal e intransferível, para validação das transações pelo usuário. Obrigatório rede de no mínimo 05(seis) estabelecimentos comerciais credenciados dentro do município de Paula Freitas.
Quantidade: 1 Valor Unit.: -16,00 Valor Total: -16,00

CLASSIFICAÇÃO

Razão Social	Num	Documento	Oferta Inicial	Oferta Final	ME
1 BPF CARTÕES LTDA	073	02.030.079/0001-84	-0,01	-16,00	Sim
2 BERLIN FINANCE MEIOS DE PAGAMENTOS EIRELI	017	16.814.330/0001-50	-0,10	-15,15	Não
3 MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E	095	21.922.507/0001-72	-0,01	-8,97	Sim
4 VEROQUEQUE REFEIÇÕES LTDA	002	06.344.497/0001-41	-1,00	-7,80	Não
5 LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA	021	19.207.352/0001-40	-1,00	-6,50	Não
6 BIQ BENEFÍCIOS LTDA	062	07.878.237/0001-19	0,01	-5,99	Não
7 PERSONAL NET TECNOLOGIA DE INFORMAÇÃO	020	09.887.900/0002-04	1,00	-0,05	Não
8 M&S SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS LTDA	054	28.089.189/0001-82	0,01	0,00	Não
9 GREEN CARD S/A REFEIÇÕES COMERCIO E	048	92.558.830/0001-71	0,01	0,01	Não
10 MEUVALE GESTAO ADMINISTRATIVA LTDA	092	16.878.159/0001-25	0,01	0,01	Não
11 MH ADMINISTRADORA DE CARTOES	044	34.180.727/0001-10	1,00	1,00	Não

Prefeitura de Curiúva – PR (Doc. 02):

PREFEITURA MUNICIPAL DE CURIÚVA - PR
CURIÚVA-PR

ATA DE HOMOLOGAÇÃO

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 14/2022
Processo Administrativo Nº 27/2022
Tipo: AQUISIÇÃO
PREGOEIRO: LUCIANA MARILIA DA COSTA
Data de Publicação: 14/03/2022 16:12:28

LOTE 1 - HOMOLOGADO - 29/03/2022 09:48:46
Lote 001

VALORES UNITÁRIOS FINAIS

Item: 1 Unidade: MENSAL Marca: FABRICAÇÃO PRÓPRIA Modelo: FABRICANTE PRÓPRIO.
Descrição: ADMINISTRAÇÃO, GERENCIAMENTO E FORNECIMENTO DE CARTÃO VALE ALIMENTAÇÃO ADMINISTRAÇÃO, GERENCIAMENTO E FORNECIMENTO DE CARTÃO DE VALE ALIMENTAÇÃO, PROCESSAMENTO E CARGA DE CRÉDITOS ELETRÔNICOS, REALIZADA MENSALMENTE, NOS CARTÕES MAGNÉTICOS OU ELETRÔNICOS, COM TECNOLOGIA DE CHIP ELETRÔNICO DE SEGURANÇA OU TECNOLOGIA EQUIVALENTE OU SUPERIOR, DESTINADOS AOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS.
Quantidade: 1 Valor Unit.: -9,05 Valor Total: -9,05

CLASSIFICAÇÃO

Razão Social	Num	Documento	Oferta Inicial	Oferta Final	ME
1 FACE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA-	095	21.936.856/0001-00	-1,25	-9,05	Sim
2 BERLIN FINANCE MEIOS DE PAGAMENTOS EIRELI	048	16.814.330/0001-50	-0,10	-9,03	Não
3 VEROQUEQUE REFEIÇÕES LTDA	083	06.344.497/0001-41	-1,00	-8,87	Não
4 GIMAVE MEIOS DE PAGAMENTOS E INFORMAÇÕES	045	05.986.476/0003-82	-0,10	-7,11	Não
5 BIQ BENEFÍCIOS LTDA	075	07.878.237/0001-19	0,01	-5,81	Não
6 VOLUS TECNOLOGIA E GESTAO DE BENEFICIOS	098	03.817.702/0001-50	0,01	0,01	Não

Prefeitura de Paulínia-SP (Doc. 03):



Prefeitura Municipal de Paulínia
Divisão de Licitações

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 1/2022
PROTOCOLO Nº 186/2022

SC Nº 02/2022 – SECRETARIA MUNICIPAL DE RECURSOS HUMANOS
OBJETO: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA ADMINISTRAÇÃO, GERENCIAMENTO, EMISSÃO, DISTRIBUIÇÃO E FORNECIMENTO DE DOCUMENTO DE LEGITIMAÇÃO DE AUXÍLIO REFEIÇÃO, NA FORMA DE CARTÃO ELETRÔNICO E/OU MAGNÉTICO OU DE SIMILAR TECNOLOGIA

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE PREGÃO ELETRÔNICO

Às nove horas do dia 16 de março do ano de 2022, reuniram-se a Pregoeira Sra. Luciana Regina da Silva de Oliveira e a Equipe de Apoio, para condução dos trabalhos pertinentes ao Pregão Eletrônico nº 01/2022, do tipo menor preço global realizado através do endereço WEB www.licitacoes.caixa.gov.br. Credenciaram-se para o certame as seguintes empresas:

16.814.330/0001-50 BERLIN FINANCE MEIOS DE PAGAMENTOS LTDA
92.559.830/0001-71 GREEN CARD S/A REFEICOES COMERCIO E SERVICOS
19.207.352/0001-40 LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTOES LTDA
26.069.189/0001-62 M&S SERVICOS ADMINISTRATIVOS LTDA
69.034.668/0001-56 SODEXO PASS DO BRASIL SERVICOS E COMERCIO S.A.
02.535.864/0001-33 VR BENEFICIOS E SERVICOS DE PROCESSAMENTO S.A

Após a consulta, as propostas de todas as empresas foram passadas para avaliação da Equipe de Apoio, pois não se encontravam apenas. A Equipe de Apoio e a Sra. Pregoeira verificaram as condições de apresentação das propostas, descritas no Edital, considerando os arquivos das propostas comerciais e consideraram todas classificadas, por atenderem integralmente ao solicitado no edital. Na data e hora marcadas para realização dos lances, no intervalo das 10h30min às 10h45min o sistema liberou o acesso tanto aos licitantes no sítio da CAIXA, quanto para a Pregoeira, para acompanhamento. Encerrada a etapa de lances, apresentou a proposta de menor valor a licitante SODEXO PASS DO BRASIL SERVICOS E COMERCIO S.A., com valor global

1 / 2



Prefeitura Municipal de Paulínia
Divisão de Licitações

de R\$ 25.861.200,00, equivalente a taxa de administração de -6,30%. Passou-se à análise da documentação de habilitação, bem como a verificação da autenticidade das Certidões emitidas via internet. Satisfeita as exigências relativas à habilitação, fica declarada vencedora do certame. Finalizada a avaliação dos documentos de habilitação, as licitantes foram comunicadas através do sistema da Caixa no dia 16/03/2022 para manifestação de recursos. No decurso desse prazo não houve manifestação de intenção de recurso quanto ao resultado do certame. O resultado será encaminhado à autoridade superior para a adjudicação e homologação. Nada mais havendo a tratar, a Sra. Pregoeira declarou encerrados os trabalhos, lavrando-se a presente Ata. Eu, Vitor Rodrigues Junior, secretariei a sessão e digitei a presente ata.

Contudo, com a proibição da Taxa Negativa, a proposta ficará limitada à Taxa 0%, impedindo que o órgão público seja beneficiado com o desconto sobre o valor do crédito.

Ou seja, tal medida restritiva, vai contra à finalidade almejada pelas licitações públicas, que é justamente selecionar a proposta mais vantajosa para a administração, violando o disposto no art. 3º, caput da Lei 8666/93.

Mas não é só isso.

Na medida em que a Taxa Negativa é proibida, TODAS as licitantes irão ofertar proposta com Taxa 0%, ocorrendo o empate entre elas.

Em decorrência, a proposta será selecionada mediante “SORTEIO”, nos termos do art. 45, §2º da Lei 8666/93:

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

Isto é o que já vem acontecendo, em razão desta proibição. A título de amostragem, citamos a Ata da Prefeitura Municipal de Uru-SP:

REGISTRO E CLASSIFICAÇÃO DA PROPOSTA ESCRITA

Ato contínuo foram abertos os Envelopes contendo as Propostas e, com a colaboração dos membros da Equipe de Apoio, o Pregoeiro procedeu à análise das propostas escritas, quando foi verificado se cada proposta atendia aos requisitos do edital, passou então ao exame da compatibilidade do objeto, prazos e condições de fornecimento. Constatada a regularidade das propostas, passou a selecionar os licitantes que participarão da etapa de sorteio em razão da taxa ser 0,0%, conforme lista de classificação da proposta escrita apresentada a seguir:

Item 1 Classif	Código	Descrição Proposta para todos os itens Proponente / Fornecedor	Valor Total	Status Lance
1	7296	CONVENIOS CARD ADMINISTRADORA E EDITORA LTDA	1.056.000,00	Classificad S
	6582	MEGAVALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA Motivo: Sorteio	1.056.000,00	Desclassific ado Sorteio
	6583	VEROCHEQUE REFEICOES LTDA Motivo: Sorteio	1.056.000,00	Desclassific ado Sorteio
	7295	ROM CARD - ADMINISTRADORA DE CARTOES LTDA Motivo: Sorteio	1.056.000,00	Desclassific ado Sorteio

	7297	LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTOES LTDA Motivo: Sorteio	1.056.000,00	Desclassific ado Sorteio
	7298	M&S SERVICOS ADMINISTRATIVOS LTDA Motivo: Sorteio	1.056.000,00	Desclassific ado Sorteio

Contudo, Nobre Pregoeiro, o “sorteio” é critério de desempate, não podendo ser utilizado como critério de julgamento de proposta, especialmente, porque os critérios de julgamento das propostas são previstos expressamente em rol taxativo no art. 43 da Lei 8666/93, sendo eles: “menor preço”, “melhor técnica”, “técnica e preço” e “maior lance ou oferta”.

Ao limitar a proposta em Taxa 0%, a administração pública estará induzindo o empate entre as licitantes, deixando de aplicar os critérios de julgamento previstos em lei, e passando a utilizar o “sorteio” como critério de seleção.

Impende ressaltar que este cenário que vem se desenhando é extremamente nocivo à administração pública, pois na medida em que a seleção se dará mediante “sorteio”, possibilitará a formação de conluio entre as empresas, que poderão ingressar no certame com

empresas distintas, para aumentar a chance de obter a contratação, dando margem à formação de um verdadeiro “cartel” no ramo de fornecimento de Cartão Alimentação/Refeição.

Por consequência, essa praxe colocará em risco a efetividade da execução dos contratos públicos, pois ao dar margem à formação de cartel ou conluio entre empresas, a administração pública estará sujeita a contratar com empresas aventureiras ou inexperientes, podendo causar sérios danos à administração pública, especialmente, no ramo do fornecimento de Cartão Alimentação/Refeição, que lida com custódia de valores a serem destinados aos servidores e repasses aos estabelecimentos do mercado local.

Necessário consignar ainda, que se não houver a intervenção das autoridades dos órgãos públicos, do Tribunal de Contas e do Judiciário, os processos licitatórios que objetivarem a contratação de fornecimento de Vale Alimentação/Refeição terá como PRAXE a realização de “SORTEIO”, extirpando definitivamente o caráter competitivo neste segmento.

Contudo, a competitividade compõe um dos pilares do processo licitatório, tanto que a Lei 8666/93 dispõe expressamente que aos agentes públicos, é vedado admitir, prever, incluir ou tolerar cláusula ou condição que comprometa, restrinja ou frustre o seu caráter competitivo. Vejamos:

Art. 3º, §1º, inciso I da Lei 8666/93:

*§ 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](#);*

Ou seja, ao proibir a Taxa Negativa e induzir o empate entre às licitantes, **estará a administração violando o disposto no art. 3º, §1º, inciso da Lei 8666/93, por frustrar o caráter competitivo do certame.**

Além do mais, a Lei 8666/93, veda expressamente a fixação de preços mínimos, conforme art. 40, inciso X, *in verbis*:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o

tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e **vedados a fixação de preços mínimos**, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;

Cabe destacar que em recente decisão, **o Tribunal de Contas de Santa Catarina reconheceu que a proibição da Taxa Negativa viola disposição do art. 40, inciso X da Lei 8666/93 (Doc. 04)**. Vejamos:

Analisando os fundamentos, concluo pela verossimilhança das razões apresentadas pela DLC e pela presença do periculum in mora, aptos a sustentar a concessão de cautelar para determinar a suspensão do Pregão Eletrônico n. 52/2022, lançado pela Prefeitura Municipal de Curitibaanos.

Atestou o corpo instrutivo a presença do fumus boni iuris consistente na vedação da apresentação de taxa de administração negativa, prevista no item 4.8.2, alínea “d”, do edital, em desacordo com o art. 40, inciso X, da Lei federal n. 8.666/1993, inclusive citando o entendimento firmado por esta Corte de Contas em processos similares.

De fato, a matéria não é novidade neste Tribunal. Como bem observou a DLC, podem ser citados os processos @PAP 22/80009557 (Rel. Cons. Luiz Roberto Herbst), @PAP 22/80010482 e @PAP 22/80009204 (deste relator). Acrescento, ainda, os autos @REP 19/00058151 (Rel. Cons. Gerson dos Santos Sicca), @REP 19/00021401 (Rel. Cons. Wilson Rogério Wan-Dall), @REP 19/00038126 (Rel. Cons. Herneus De Nadal), @REP 19/00635566 (Rel. Cons. José Nei Ascari) e @REP 19/01001501 (Rel. Cons. César Filomeno Fontes), nos quais a proibição de apresentação de taxa de administração negativa foi considerada irregular.

Ademais, como pontuado no processo @REP 19/00381017, de relatoria deste signatário, tendo em vista a ampla concorrência presente no mercado, é comum que os competidores, ao invés de cobrarem para executar o serviço, ofereçam descontos ao ente público diante das vantagens econômicas indiretas decorrentes da celebração do contrato.
Assim, cabe reconhecer a plausibilidade nas alegações da representante.

No mesmo sentido o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu que a MP não se aplica aos contratos públicos **(Doc 5)**. Vejamos:

“Nessas circunstâncias, até em razão do princípio da especialidade, não cabe aplicação da MP nº 1.108/22, art. 3º, inciso I, §§ 1º e 2º, porque confronta com o objetivo da licitação que é a obtenção da proposta mais vantajosa que, no caso, se traduz no menor desconto oferecido (taxa negativa).

Nessas circunstâncias, presente a probabilidade do direito e o risco ao resultado útil do processo (dada a proximidade do termo final do contrato firmado entre as partes), concedo a tutela antecipada para declarar que, na eventualidade de ser prorrogado o contrato nº 026/2017, a prorrogação não se submeterá ao disposto no art. 3º, I, da MP nº 1.108/22.”

Há, portanto, clara violação aos preceitos da Lei 8666/93, sendo imperioso que haja a intervenção deste Tribunal de Contas, a fim de coibir tamanha ilegalidade.

3.2- DA VIOLAÇÃO ÀS DISPOSIÇÕES DA LEI 10.520/2002

A proibição da Taxa Negativa, no ramo de fornecimento de Cartão Alimentação/Refeição, também resulta em descumprimento à Lei 10.520/2002, que institui e regulamenta a modalidade Pregão.

Expliquemos.

A Lei 10.520/2002, no artigo 4º é claro ao estabelecer que os autores das ofertas mais baixas poderão ofertar lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor. Vejamos:

*Art. 4º **A fase externa do pregão** será iniciada com a convocação dos interessados e **observará as seguintes regras:***

*VIII - no curso da sessão, **o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor;***

IX - não havendo pelo menos 3 (três) ofertas nas condições definidas no inciso anterior, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos;

Referido dispositivo trata da etapa competitiva do Pregão, denominada “etapa de lances”, obrigatória nesta modalidade.

Contudo, como mencionado anteriormente, 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”.

Notadamente, neste cenário, não haverá a etapa de lances, como determina o art. 4º da Lei 10.520/2022.

Veja, Nobre conselheiro, que a proibição da Taxa Negativa **resultará na SUPRESSÃO DA ETAPA DE LANCES, prevista no art. 4º, inciso VIII da Lei 10.520/2002**, extirpando a etapa competitiva, a qual é obrigatória na modalidade Pregão.

Além disso, **a administração pública não poderá negociar a proposta para obter um melhor preço, como preceitua o art. 4º, inciso XVII da mesma lei**, haja vista a limitação à Taxa 0% não dá margem para negociação.

E neste ponto, cabe asseverar que a negociação para obter melhor proposta, é poder-dever da administração, conforme entendimento dos Tribunais. Vejamos:

*“No pregão, constitui poder-dever da Administração a tentativa de negociação para reduzir o preço final, conforme previsto no art. 24, § 8º, do Decreto 5.450/2005, tendo em vista a maximização do interesse público em obter-se a proposta mais vantajosa”.
(Acórdão 694/2014-Plenário | Relator: VALMIR CAMPELO)*

“Nas licitações realizadas mediante pregão, constitui poder-dever da Administração a tentativa de negociação para reduzir o preço final do contrato, tendo em vista a maximização do interesse público em obter-se a proposta mais vantajosa, mesmo que eventualmente o valor da oferta tenha sido inferior à estimativa da licitação (art. 24, §§ 8º e 9º, do Decreto 5.450/2005)”.

(Acórdão 2637/2015-Plenário | Relator: BRUNO DANTAS)

Assim, considerando que a proibição da Taxa Negativa 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.

4- DA INAPLICABILIDADE DA LEI Nº. 14.442/2022 AOS ÓRGÃOS PÚBLICOS

Sem prejuízo do exposto, cabe esclarecer que mesmo que o órgão licitante tenha fundamentado a vedação da Taxa Negativa na edição da Lei nº. 14.442 /2022, ainda assim incorre em ilegalidade, pois a referida norma NÃO alcança os órgãos públicos.

De plano, necessário consignar que a Lei nº. 14.442/2022 dispõe sobre o pagamento de auxílio-alimentação de que trata o §2º do artigo 457 da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho. Logo, referida norma somente tem aplicabilidade às relações de trabalho regidas pela CLT (Decreto Lei 5.452/1943). Ou seja, os órgãos públicos que possuem regime próprio (estatutários), não se subordinam à Lei nº. 14.442/2022.

Mas não é só isso.

A Lei nº. 14.442/2022 não tem abrangência aos órgãos públicos, vez que estes NÃO são beneficiários do PAT – Programa de Alimentação do Trabalhador.

O Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT, é um programa governamental de adesão voluntária, que busca estimular o empregador a fornecer alimentação nutricionalmente adequada aos trabalhadores, por meio da concessão de incentivos fiscais ao empregador.

Em suma, o empregador que adere ao PAT, e que é optante pela tributação com base no lucro real, pode deduzir parte das despesas com o PAT do imposto sobre a renda.

É o que dispõe o art. 1º da Lei 6.321/1976, que instituiu o PAT:

Art 1º As pessoas jurídicas poderão deduzir, do lucro tributável para fins 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 na forma em que dispuser o Regulamento desta Lei.

No mesmo sentido, dispõe o Decreto nº. 5/1991, que regulamenta o PAT:

Art. 1º A pessoa jurídica poderá deduzir, do Imposto de Renda devido, valor equivalente à aplicação da alíquota cabível do Imposto de Renda sobre a soma das despesas de custeio realizadas, no período-base, em Programas de Alimentação do Trabalhador, previamente aprovados pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social - MTPS, nos termos deste regulamento.

Como se observa, a pessoa jurídica beneficiária do PAT, 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.

Não se olvida que os órgãos públicos possam aderir ao PAT, visando promover ações voltadas à alimentação saudável do trabalhador, contudo, tal fato não a torna pessoa jurídica beneficiária do PAT, posto que não fará jus ao incentivo fiscal.

Atente-se, Nobre Conselheiro, que a finalidade da proibição contida no art. 3º da Lei nº. 14.442/2022 é alcançar as empresas beneficiárias do PAT, que “supostamente” estaria se beneficiando duplamente, com a isenção tributária e ainda com o desconto concedido pelas empresas fornecedoras de Cartão Alimentação/Refeição.

Trata-se de assertiva expressa constante na Exposição de Motivos que justificou a edição da Lei nº. 14.442/2022, extraída diretamente do site oficial do Planalto, através do link:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Mpv/mpv1108.htm

Para melhor elucidar, transcrevemos parte da Exposição de Motivos que fundamentou a edição da MP pelo Presidente da República:

*“Excelentíssimo Senhor Presidente da República,
[...]*

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.”

Assim, considerando que a finalidade da norma proibitiva contida no art. 3º da Lei nº. 14.442/2022, é impedir o duplo benefício às pessoas jurídicas beneficiárias do PAT, referida norma não se aplica aos órgãos públicos, vez que não se enquadram como pessoa beneficiária do PAT.

Impende destacar que em representação proposta por essa peticionante, **o Tribunal de Contas do Paraná reconheceu a inaplicabilidade da Lei nº. 14.442/2022 aos órgãos públicos, e a irregularidade da proibição da Taxa Negativa (Doc. 06)**. Vejamos:

“Em relação ao primeiro item, a representante alega que a vedação a proposta com taxa administrativa negativa viola os princípios da legalidade e ampla competitividade, uma vez que as normas que a proíbem seriam restritas às empresas que aderem ao Programa de Amparo ao Trabalhador, com os respectivos benefícios fiscais, o que não é cabível a órgãos públicos, sendo ilegal a vedação prevista no Edital.

A análise do tema demonstra assistir razão à representante. O item 10.1.1 do Edital prevê que a taxa de administração deve ser de no mínimo 0,00% e no máximo 0,33%, com a seguinte redação:

10.1.1. Em função do sistema eletrônico Licitações -e não operacionalizar método de critério de julgamento de menor taxa de administração, o lance deverá ser ofertado com desconto em cima do valor global, devendo o desconto corresponder com a taxa de administração ofertada, não podendo a taxa ser inferior a 0% nem superior a 0,33%.

Ocorre que inexistente previsão nas normas de licitação pública que vede a apresentação de taxa de administração negativa. No âmbito privado, nos termos o art. 1º da Lei nº 6.321/1976, é permitido às empresas que participarem e programas de incentivo à alimentação do trabalhadores “deduzir, do lucro tributável para fins do imposto sobre a renda o dobro das despesas comprovadamente realizadas no período base” e, o Decreto nº 10.854/21 e a MP nº 1.108/2022, respectivamente nos art. 175 e 3º, vedam a previsão de deságio ou desconto, com a finalidade de evitar que o benefício tenha desvio de finalidade.

Ocorre que o Consórcio Municipal não é beneficiário do incentivo fiscal em questão e há previsão expressa no objeto do item licitado que o benefício não está vinculado ao PAT, sendo assim incabível a restrição.

Há precedentes nesta Corte no sentido de ser irregular a vedação de apresentação de taxa da administração negativa no fornecimento de sistema de gerenciamento de pagamento de vale alimentação.

No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Contas de Minas Gerais (Doc. 07):

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

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

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

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 inexequibilidade 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.”

Não obstante, corroborando ainda mais tal entendimento, em recente decisão de âmbito administrativo, a Prefeitura Municipal de Mesópolis – São Paulo (Doc 8), decidiu exatamente no sentido de que a vedação à apresentação de taxas negativas pelas empresas **NÃO SE APLICA AOS ÓRGÃOS PÚBLICOS**, conforme segue:

*“Considerando os entendimentos dos Tribunais, a MP 1.180/2022 e o Decreto 10.854/2021 se destina às empresas beneficiárias da isenção conferida pelo Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT, sendo assim, **NÃO HÁ QUE FALAR EM APLICAÇÃO AOS ÓRGÃOS PÚBLICOS**, vez que não são beneficiários de isenção do PAT, ainda que sejam inscritos no referido programa.”*

Acrescido a isso, em mais uma recente decisão, do Município de Araçáí, Estado de Minas Gerais, concedeu PROVIMENTO à impugnação impetrada contra a vedação a oferta de taxa negativa, já que está não deve ser aplicada quando forem os servidores regidos por estatuto próprio.

*“Desta forma, não subsistem os argumentos trazidos pela Impugnante em sua peça contestatória, baseados em normas contidas na referida Lei Federal, uma vez que a mesma não tem aplicação no âmbito do Município de Araçáí, que é **ESTATUTÁRIO**, razão pela qual o pregoeiro conhece desta impugnação, mas indefere os seus dois pedidos, quais sejam, a exclusão da modalidade de pagamento como "pós-pago" e exclusão da possibilidade de aplicação de taxas negativas”.*

Assim, considerando que a Lei nº. 14.442/2022 se destina às empresas beneficiárias da isenção conferida pelo Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT, e que a motivação da medida é evitar que o empregador não se beneficie duplamente, **NÃO HÁ QUE FALAR EM APLICAÇÃO AOS ÓRGÃOS PÚBLICOS, vez que não são beneficiários de isenção do PAT, ainda que sejam inscritos no referido programa.**

Além disso, já decidiu o Tribunal de Contas do Espírito Santo que os órgãos públicos devem aceitar a oferta de taxa negativa, conforme decisão da Primeira Câmara, em denúncia feita contra a Prefeitura Municipal de Rio Bananal, que vedava taxa negativa. (DOC 10).

“(…) Vale ressaltar ainda que a licitação tem por objetivo a obtenção da proposta mais vantajosa à Administração e em inúmeras oportunidades as taxas vencedoras são as que oferecem o maior desconto, ou seja, a menor taxa, mesmo que seja negativa.

É prática comum da Administração tais taxas, razões pelas quais sugere-se recomendação ao Município de Rio Bananal para que avalie a adoção de taxa negativa, considerando que a competitividade será melhor promovida caso seja permitido o desconto, bem como a Administração poderá obter uma proposta mais vantajosa.”

Portanto, não há que se falar em vedação da taxa negativa, visto que o regime em questão não se aplica aos servidores públicos, devendo o referido item ser suprimido do edital.

5- DO PEDIDO

Finalmente, requer seja recebida a presente impugnação ao edital para julgar totalmente procedente os itens impugnados, suspendendo liminarmente a licitação marcada para o próximo dia 29/03/2023, para a revisão e exclusão dos itens impugnados, pois é clara a afronta à lei de regência e princípios que regem as contratações públicas.

Barueri/SP, 16 de março de 2023.



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

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.

**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

ADI 7248 MC / DF

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

ADI 7248 MC / DF

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: 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 expendidas 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, § 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 íterim, 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=XEOk3i50lCa5IcpiNG7vXQ==>. Acesso em 23 set. 2022.

² Disponível em <http://api.conectbr.com.br/Licitacao/Busca/?token=XEOk3i50lCa5IcpiNG7vXQ==>. 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 decidiu a Segunda Câmara deste Tribunal, no julgamento da Denúncia 1031545, de relatoria do Conselheiro Wanderley Ávila, não há obrigatoriedade do cadastro no PAT das empresas prestadoras de serviços de administração e emissão de cartão eletrônico para aquisição de alimentos. No caso dos autos, inclusive, não foi exigida a comprovação de inscrição no PAT.

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.

* * * * *

je/saf



Decisão 00665/2022-3 - 1ª Câmara

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 00491/2022-6

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: CMC - Câmara Municipal de Colatina

Relator: Sebastião Carlos Ranna de Macedo

Interessado: JOLIMAR BARBOSA DA SILVA, PYETRA DALMONE LAGE PAIXAO

Representante: BERLIN FINANCE MEIOS DE PAGAMENTOS LTDA

Procuradores: GABRIEL FERNANDES MESQUITA (CPF: 436.288.998-18), BRENDA CASTALDELLI PIRINI (CPF: 441.146.758-50), MARCELO DIAS DE MORAES (OAB: 119526-SP), ANTONIO JOSE PERRINO BITARIAN (OAB: 174019-SP), CAIO HENRIQUE HYPPOLITO GALVANI (CPF: 381.997.588-80), LUCIANO ELEODORO ROSA (CPF: 252.870.838-66), BRUNO CABRINO SALVADORI (OAB: 419741-SP)

REPRESENTAÇÃO – LICITAÇÃO – CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORNECIMENTO E GERENCIAMENTO DE AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO – INSCRIÇÃO DO PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR (PAT) DE PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO – ADOÇÃO DE TAXA DE ADMINISTRAÇÃO NEGATIVA – DENEGAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO:

1 RELATÓRIO

Versam os presentes autos sobre **Representação** com pedido de medida cautelar, encaminhada por sociedade empresaria, em face da **Câmara Municipal de Colatina**, onde relata supostas irregularidades no **Edital de Pregão Presencial nº 01/2021**, que tem por objeto a de *contratação de empresa especializada na prestação de serviços de fornecimento e gerenciamento de auxílio-alimentação, conforme o especificado no Termo de Referência – Anexo 1 do Edital.*

O Pregão Presencial nº 01/2021 ocorreu na data de 18/01/2022 às 13:00h, homologado em 24/01/2022¹.

O Representante alega irregularidade na invocação do Decreto Federal nº 10.854/2021, que tem por finalidade regulamentar as disposições relativas à legislação trabalhista e trouxe em seu bojo, normas relativas ao Programa de Alimentação do Trabalhador –PAT.

Informa o Representante:

“o empregador que adere ao PAT, e que é optante pela tributação com base no lucro real, pode deduzir parte das despesas com o PAT do imposto sobre a renda.

(...) Não se olvida que os órgãos públicos possam adotar ações voltadas à alimentação saudável do trabalhador, contudo, tal fato não a torna pessoa jurídica beneficiária do PAT, posto que não faz jus ao incentivo fiscal. Por conseguinte, a regulamentação acerca do PAT, trazida pelo Decreto Federal nº.10.854, de 10 de novembro de 2021, não aplica aos órgãos públicos, vez que não se enquadram como pessoa beneficiária do PAT.

(...)

Uma vez que inexistente fundamento legal que justifique a vedação à taxa negativa, incluir cláusula neste sentido constituirá violação ao princípio da legalidade. Na mesma medida, ao limitar a proposta em 0,0% e vedar a taxa negativa, o órgão licitante estará violando o princípio da proposta mais vantajosa, vez que todas as licitantes ofertarão taxa 0,0%, deixando a administração pública de se beneficiar com os descontos decorrentes da taxa negativa, que importam em significativa economia aos cofres públicos. Sem prejuízo do exposto, cabe ressaltar ainda que a disposição do art. 175 do Decreto Federal nº. 10.854, de 10 de novembro de 2021, é passível de ter sua legalidade questionada, vez que cria vedações e

¹ <http://www.camaracolatina.es.gov.br/transparencia/licitacao/ver/3226/detalhes>

amplia o âmbito de aplicação, extrapolando os limites da lei, na qual está subordinado.”.

O Representante reporta-se à decisão proferida pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná, em sede de representação, que determinou a suspensão do certame em razão de falhas, dentre as quais a inaplicabilidade do Decreto Federal nº. 10.854/2021.

Ressalta, ainda, que o Tribunal de Contas da União já havia decidido no mesmo sentido em face da Portaria 1.287/2017 do Ministério do Trabalho e Emprego, que vedava as taxas negativas pelas empresas fornecedoras de vale refeição e alimentação.

Aponta que diversos editais continham a vedação de taxa negativa. Entretanto, após questionamento, foram refeitos tendo em vista estarem em desacordo com o princípio licitatório da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Aponta ainda o Acórdão nº 142/2019 –TCU – Plenário, onde a Corte intercedeu em uma contratação exigindo sua rescisão e a reabertura com a possibilidade de desconto.

Reporta-se ao entendimento do STJ (Recursos Especiais Repetitivos -Tema 1038): "Os editais de licitação ou pregão não podem conter cláusula prevendo percentual mínimo referente à taxa de administração, sob pena de ofensa ao artigo 40, inciso X, da Lei nº 8.666/1993".

Por fim, requer o Representante a suspensão do certame para retirada da vedação de apresentação de taxa negativa do edital.

Por meio da **Decisão Monocrática 00040/2022-7** (doc. 09), foi determinada a notificação do Sr. Jolimar Barbosa da Silva – Presidente da Câmara Municipal de Colatina e da Sra. Pyetra Dalmone Lage Paixão - Pregoeira.

Devidamente notificados, os responsáveis encaminharam suas devidas justificativas, conforme documentos eletrônicos nº 13 a 16 (Respostas de Comunicação 00054/2022-9 e 00053/2022-4, e Peças Complementares 01975/2022-7 e 01972/2022-3).

Conheci da representação, verificada a presença dos requisitos e pressupostos de admissibilidade, na forma do **Despacho 03406/2022-6** (doc. 18).

Foram os autos então encaminhados à área técnica para análise dos fundamentos e pressupostos da cautelar, o que foi implementado na **Manifestação Técnica de Cautelar 00021/2022-6** (doc. 19).

É o relatório.

2 FUNDAMENTAÇÃO

Compete ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, diante de eventual ilegalidade, a adoção de providências para o fiel cumprimento da lei, bem como a sustação de ato impugnado.

O art. 124, caput e o parágrafo único da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo descreve que no início ou no curso de qualquer processo, havendo fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio e de risco de ineficácia da decisão de mérito, esta Corte de Contas poderá, de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, determinar medidas cautelares. Inclusive, em caso de comprovada urgência, as medidas cautelares poderão ser determinadas por decisão do Relator.

A concessão de medida cautelar não exige juízo de certeza, mas sim da probabilidade de que o alegado pelo interessado seja plausível. Até mesmo porque o que se almeja é assegurar o resultado útil da atuação desta Corte.

Nesse sentido, a análise do NOF - Núcleo de Controle Externo e Outras Fiscalizações na **Manifestação Técnica de Cautelar 00021/2022-4**, foi exarada nos seguintes termos (doc. 20):

“[...]”

2 – ANÁLISE TÉCNICA - PRESSUPOSTOS CAUTELARES

Os pressupostos de concessão da cautelar são aqueles dispostos no artigo 376 do RITCEES, aprovado pela Res. 261/13:

Art. 376. No início ou no curso de qualquer processo, o Tribunal poderá, de ofício ou mediante provocação, com ou sem a oitiva da parte, determinar medidas cautelares, observado o rito sumário previsto nos arts. 306 a 312 deste Regimento, desde que presentes os seguintes requisitos:

- I - fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio; e
- II - risco de ineficácia da decisão de mérito.

O inciso I trata do *fumus boni iuris*, comumente denominado pela doutrina de fumaça do bom direito e definido como juízo de probabilidade de existência do direito. Esse é o entendimento de Marinoni e Arenhart²:

Para obter a tutela cautelar, o autor deve convencer o juiz de que a tutela do direito provavelmente lhe será concedida. A admissão de uma convicção de verossimilhança, como suficiente à concessão da tutela cautelar, decorre do perigo de dano e da consequente situação de urgência, a impor solução e tutela jurisdicional imediatas.

A tutela cautelar é incompatível com o aprofundamento do contraditório e da convicção judicial, uma vez que estes demandam porção de tempo que impede a concessão da tutela de modo urgente.

Já o inciso II trata do *periculum in mora*, definido pela doutrina como a irreversibilidade da situação em face da futura resolução de mérito. São os entendimentos de Alexandre Freitas Câmara³:

Como dito anteriormente, o *fumus boni iuris* não é requisito suficiente para a concessão da medida cautelar. Outro requisito é exigido, e a ele se dá, tradicionalmente, o nome de *periculum in mora* (ou seja, perigo na demora). Isto porque, como sabido, a tutela jurisdicional cautelar e modalidade de tutela de urgência, destinada a proteger a efetividade de um futuro provimento jurisdicional, que esta diante da iminência de não alcançar os resultados práticos dele esperados. E esta situação de perigo iminente que recebe o nome de *periculum in mora*, sendo sua presença necessária para que a tutela cautelar possa ser prestada pelo Estado-Juiz. (...)

Assim sendo, toda vez que houver fundado receio de que a efetividade de um processo venha a sofrer dano irreparável, ou de difícil reparação, em razão do tempo necessário para que possa ser entregue a tutela jurisdicional nele buscada, estará presente o

² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil, Volume 4: Processo Cautelar. 2ed. São Paulo: RT, 2010, p. 29

³ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil, Volume III. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 39.

requisito do periculum in mora, exigido para a concessão da tutela jurisdicional cautelar.

Como dito, o representante alega que o item 6.1 do Edital contém uma referência indevida ao decreto federal que regulamenta o PAT, o que por seu turno, redundaria na vedação ao oferecimento de taxa de administração negativa, ao que se opõe o autor da inicial.

Vejamos o que argumenta o representante:

Em suma, o empregador que adere ao PAT, e que é optante pela tributação com base no lucro real, pode deduzir parte das despesas com o PAT do imposto sobre a renda.

(...)

Não se olvida que os órgãos públicos possam adotar ações voltadas à alimentação saudável do trabalhador, contudo, tal fato não a torna pessoa jurídica beneficiária do PAT, posto que não faz jus ao incentivo fiscal. Por conseguinte, a regulamentação acerca do PAT, trazida pelo Decreto Federal nº. 10.854, de 10 de novembro de 2021, não aplica aos órgãos públicos, vez que não se enquadram como pessoa beneficiária do PAT.

(...)

Uma vez que inexistente fundamento legal que justifique a vedação à taxa negativa, incluir cláusula neste sentido constituirá violação ao princípio da legalidade. Na mesma medida, ao limitar a proposta em 0,0% e vedar a taxa negativa, o órgão licitante estará violando o princípio da proposta mais vantajosa, vez que todas as licitantes ofertarão taxa 0,0%, deixando a administração pública de se beneficiar com os descontos decorrentes da taxa negativa, que importam em significativa economia aos cofres públicos. Sem prejuízo do exposto, cabe ressaltar ainda que a disposição do art. 175 do Decreto Federal nº. 10.854, de 10 de novembro de 2021, é passível de ter sua legalidade questionada, vez que cria vedações e amplia o âmbito de aplicação, extrapolando os limites da lei, na qual está subordinado.

Por seu lado, os gestores notificados alegam que a Câmara Municipal de Colatina é beneficiária do PAT, estando inscrita no programa desde 2008. Trazem aos autos prova documental da afirmação, como se verifica no Evento Eletrônico n. 14.

Defendem os gestores que por essa razão, a Câmara de Colatina deve obediência aos regramentos que regulam a matéria, inclusive o art.175 do Decreto Federal n. 10.854/2021.

De posse desses dados, procedendo com uma análise de verossimilhança das alegações, própria da fase cautelar, pode-se dizer que não restou configurado o requisito ***Fumus Boni Iuris***.

Em uma análise sumária, entende-se que uma vez inscrita no programa (PAT), a Câmara de Colatina deve seguir as estipulações contidas na legislação pertinente, como alegado pelos gestores.

Como a medida cautelar só deve ser concedida quando presentes ambos os pressupostos cautelares, ausente o primeiro requisito, resta escusada a análise do *periculum in mora*.

Ainda assim, diante da recente jurisprudência⁴ desta Corte de Contas no sentido da possibilidade de adoção de taxa de administração negativa nas licitações,

⁴ [Licitação. Vale refeição. Proposta de preço. Taxa negativa]

ACÓRDÃO TC 638/2019 – PRIMEIRA CÂMARA

Trata-se de Representação encaminhada por LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTOES LTDA, em face da Prefeitura Municipal de Rio Bananal, alegando supostas irregularidades no Pregão Presencial nº 059/2018, cujo objeto é “Contratação de empresa especializada para administração e fornecimento de TICKET-alimentação, por meio de cartão eletrônico/magnético, com senha individual, para recarga mensal, para os servidores do Fundo Municipal de Saúde de Rio Bananal”.

(...) corroboramos com o entendimento da Área Técnica quanto à necessidade de se recomendar ao Município de Rio Bananal, nos termos do artigo 329, §7º, do Regimento Interno do TCEES, que avalie a adoção de taxa negativa, considerando que a competitividade será melhor promovida caso seja permitido o desconto, bem como a Administração poderá obter uma proposta mais vantajosa. Dessa forma, transcrevemos as razões exaradas na Instrução Técnica Conclusiva 02931/218, que passam a se constituir em razões de decidir. In verbis:

(...) 3. DA PORTARIA 1.287/2017 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO:

(...) *Tal portaria determina no artigo 1º a vedação de utilização das taxas de serviço negativas nos negócios entre empresa prestadora e empresa beneficiária do Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT.*

(...) *Ocorre que a Portaria 1.287/2017 é inaplicável à Administração Pública. O Programa de Alimentação do Trabalhador tem por objetivo primordial a melhoria na qualidade de vida dos trabalhadores, criando um incentivo fiscal para as empresas que promovessem tais melhorias. Tanto é que, conforme regulamentado no Decreto 5 de 1991, a pessoa jurídica que estiver inscrita no PAT poderá deduzir do imposto de renda devido os valores gastos nessa finalidade.*

Ocorre que tal análise tributária é inaplicável à Administração Pública que goza de imunidade tributária quanto aos impostos sobre a renda, serviços e patrimônio, conforme dispõe o artigo 150, inciso VI, alínea ‘a’.

Além disso, o Tribunal de Contas da União já tratou sobre essa Portaria, no ACÓRDÃO 1623/2018 – PLENÁRIO, em que concedeu medida acautelatória para suspensão parcial dos efeitos. Tal acórdão decorre de uma representação do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União.

(...) *Vale ressaltar ainda que a licitação tem por objetivo a obtenção da proposta mais vantajosa à Administração e em inúmeras oportunidades as taxas vencedoras são as que oferecem o maior desconto, ou seja, a menor taxa, mesmo que seja negativa.*

É prática comum da Administração tais taxas, razões pelas quais sugere-se recomendação ao Município de Rio Bananal para que avalie a adoção de taxa negativa, considerando que a competitividade será melhor promovida caso seja permitido o desconto, bem como a Administração poderá obter uma proposta mais vantajosa.

sugere-se o prosseguimento do feito no rito ordinário, para uma cognição exauriente da matéria.

Por todo o exposto, sugere-se a não concessão da medida cautelar pleiteada.

3. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, submetemos à consideração superior a seguinte proposta de encaminhamento:

4.1 – **Indeferir a medida cautelar**, visto que não restaram demonstrados os requisitos gerais autorizadores para sua concessão.

4.2 – Determinar que os presentes autos caminhem sob o rito ordinário, face à ausência dos pressupostos constantes do artigo 306 do RITCEES.

[...]"

Em tempo, pode aderir ao Programa toda pessoa inscrita no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, inclusive o microempreendedor individual, a microempresa, a empresa sem fins lucrativos, e os órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta.

Não há impedimento para a inscrição do PAT de pessoa jurídica de direito público, independentemente da forma de contratação dos trabalhadores e do regime previdenciário ao qual se vinculam. A inscrição regular no Programa é condição para a isenção da contribuição previdenciária incidente sobre os valores líquidos dos benefícios de natureza alimentar concedidos a trabalhadores vinculados ao Regime Geral de Previdência Social - RGPS, ainda que não contratados sob o regime da CLT, e no caso de trabalhadores celetistas, há ainda isenção do FGTS incidente sobre aqueles valores (art. 500 c/c art. 3º, § 4º, da Instrução Normativa RFB nº 971, de 2009)⁵.

Acolho a fundamentação da **Manifestação Técnica de Cautelar 00021/2022-4** e, diante do permissivo conferido a este Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo para deliberar sobre a matéria e tomados os fundamentos fáticos e de direito

5

<http://acesso.mte.gov.br/data/files/FF808081454D76790145AECC231106BD/PAT%20RESPONDE%20%20vers%C3%A3o%20atualizada%20em%2029%2004%202014.pdf>

até aqui apresentados, em consonância com a proposição da manifestação técnica, voto por **INDEFERIR a cautelar requerida** eis que inexistente, no caso concreto, o *fumus boni iuris*.

Pelo exposto, entendo que devam os autos tramitar sob o rito ordinário face à ausência dos pressupostos constantes do artigo 306 do RITCEES, e sejam remetidos à área técnica para regular instrução, com tramitação preferencial de acordo com o art. 264, inc. IV do RITCEES.

Obedecidos todos os trâmites processuais e legais, em consonância com o entendimento da área técnica, VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte deliberação que submeto a sua consideração.

SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Conselheiro Relator em plantão

1. DECISÃO TC-0665/2022-3

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **DECIDEM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão da Primeira Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em:

1.1. INDEFERIR o pedido para concessão da medida cautelar, visto que não restou demonstrado o *fumus boni iuris*;

1.2. TRAMITAR OS AUTOS SOB O RITO ORDINÁRIO face à ausência dos pressupostos constantes do artigo 306 do RITCEES, e sejam remetidos à área técnica para regular instrução, com tramitação preferencial de acordo com o art. 264, inc. IV do RITCEES;

1.3. NOTIFICAR o Representante, na forma do art. 307, §7º do RITCEES, bem como os agentes responsáveis, na forma do art. 307, § 3º da mesma norma regimental.

2. Unânime

3. Data da Sessão: 25/02/2022 – 7ª Sessão Ordinária da 1ª CÂMARA

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sebastião Carlos Ranna de Macedo (presidente/relator) Sérgio Aboudib Ferreira Pinto e Rodrigo Coelho do Carmo.

5. Membro do Ministério Público de Contas: Procurador de contas em substituição ao procurador-geral Heron Carlos Gomes de Oliveira.

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

Presidente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1840113 - CE (2019/0287783-0)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
RECORRENTE : ESTADO DO CEARÁ
PROCURADOR : STELIO LOPES MENDONÇA JUNIOR - CE007175
RECORRIDO : THOMPSON SEGURANCA LTDA
ADVOGADO : DANIEL SCARANO DO AMARAL - CE026832
INTERES. : ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO DO ESTADO - ABDET
- "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO : DANIEL GABRILLI DE GODOY - SP235505
INTERES. : UNIÃO - "AMICUS CURIAE"

EMENTA

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. ARTS. 40, INC. X, E 48, §§ 1º E 2º, DA LEI Nº 8.666/1993. CLÁUSULA EDITALÍCIA EM LICITAÇÃO/PREGÃO. FIXAÇÃO DE PERCENTUAL MÍNIMO REFERENTE À TAXA DE ADMINISTRAÇÃO. INTUITO DE OBSTAR EVENTUAIS PROPOSTAS, EM TESE, INEXEQUÍVEIS. DESCABIMENTO. BUSCA DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA A ADMINISTRAÇÃO. CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO TCU. EXISTÊNCIA DE OUTRAS GARANTIAS CONTRA AS PROPOSTAS INEXEQUÍVEIS NA LEGISLAÇÃO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO. RECURSO JULGADO SOB A SISTEMÁTICA DO ART. 1.036 E SEQUINTE DO CPC, C/C O ART. 256-N E SEQUINTE DO REGIMENTO INTERNO DO STJ.

1. O objeto da presente demanda é definir se o ente público pode estipular cláusula editalícia em licitação/pregão prevendo percentual mínimo referente à taxa de administração, como forma de resguardar-se de eventuais propostas, em tese, inexecutáveis.

2. Não merece acolhida a preliminar de não conhecimento. A inexecutabilidade do contrato, no caso concreto, não consistiu em objeto de apreciação do aresto impugnado, cujo foco se limitou a deixar expresso que o art. 40, X, da Lei nº 8.666/1993, ao impedir a limitação de preços mínimos no edital, aplica-se à taxa de administração. O que o acórdão recorrido decidiu foi a ilegalidade da cláusula editalícia que previu percentual mínimo de 1% (um por cento), não chegando ao ponto de analisar fatos e provas em relação às propostas específicas apresentadas pelos concorrentes no certame.

3. Conforme informações prestadas pelo Núcleo de Gerenciamento de Precedentes deste Tribunal, *"quanto ao aspecto numérico, a Vice-Presidência do Tribunal de origem, em auxílio a esta Corte, apresenta às e-STJ, fls. 257-264, listagem com 140 processos em tramitação nas Câmaras de Direito Público ou no Órgão Especial do Tribunal cearense em que se discutem a mesma*

controvérsia destes autos. Não obstante, é possível inferir haver grande potencial de repetição de processos em todo o território nacional em virtude da questão jurídica discutida nos autos relacionada ao processo licitatório e à possibilidade de a administração fixar valor mínimo de taxa de administração". Tudo isso a enfatizar a importância de que o STJ exerça sua função primordial de uniformizar a interpretação da lei federal no Brasil, evitando que prossigam as controvérsias sobre matéria de tão alto relevo e repercussão no cotidiano da Administração Pública em seus diversos níveis, com repercussão direta nos serviços prestados à população e na proteção dos cofres públicos.

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.

8. Nos moldes da Súmula 331/TST, a responsabilidade da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada é subsidiária. A efetiva fiscalização da prestadora de serviço quanto ao cumprimento das obrigações contratuais e legais – especialmente o adimplemento dos encargos trabalhistas, previdenciários e fiscais – afasta a responsabilização do ente público, diante da inexistência de conduta culposa. Não é necessário, portanto, fixar-se um percentual mínimo de taxa de administração no edital de licitação para evitar tal responsabilização.

9. Cuida-se a escolha da taxa de administração, como se vê, de medida compreendida na área comercial dos interessados, a qual fomenta a competitividade entre as empresas que atuam nesse mercado, em benefício da obtenção da melhor proposta pela Administração Pública.

10. Tese jurídica firmada: "Os editais de licitação ou pregão não podem conter cláusula prevendo percentual mínimo referente à taxa de administração, sob pena de ofensa ao artigo 40, inciso X, da Lei nº 8.666/1993."

11. Recurso especial conhecido e improvido, nos termos da fundamentação.

12. Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC e art. 256-N e seguintes do Regimento Interno desta Corte Superior.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Francisco Falcão e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 23 de setembro de 2020.

Ministro Og Fernandes
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1840154 - CE (2019/0287755-1)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
RECORRENTE : SOLUCAO SERVICOS COMERCIO E CONSTRUCAO EIRELI
ADVOGADO : ANA VALERIA DO NASCIMENTO NOBRE - CE020983
RECORRIDO : ESTADO DO CEARÁ
PROCURADOR : SIMONE MAGALHÃES OLIVEIRA E OUTRO(S) - CE016945
INTERES. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO -
"AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS : EDGAR ANTONIO CHIURATTO GUIMARAES - PR012413
MAURÍCIO GARCIA PALLARES ZOCKUN - SP156594
INTERES. : ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO DO ESTADO - ABDET
- "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS : ANTONIO PAULO DE MATTOS DONADELLI - SP235964
DANIEL GABRILLI DE GODOY - SP235505
MARIANA CARNAES FERREIRA - SP293940
INTERES. : UNIÃO - "AMICUS CURIAE"

EMENTA

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. ARTS. 40, INC. X, E 48, §§ 1º E 2º, DA LEI Nº 8.666/93. CLÁUSULA EDITALÍCIA EM LICITAÇÃO/PREGÃO. FIXAÇÃO DE PERCENTUAL MÍNIMO REFERENTE À TAXA DE ADMINISTRAÇÃO. INTUITO DE OBSTAR EVENTUAIS PROPOSTAS, EM TESE, INEXEQUÍVEIS. DESCABIMENTO. BUSCA DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA A ADMINISTRAÇÃO. CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO TCU. EXISTÊNCIA DE OUTRAS GARANTIAS CONTRA AS PROPOSTAS INEXEQUÍVEIS NA LEGISLAÇÃO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. RECURSO JULGADO SOB A SISTEMÁTICA DO ART. 1.036 E SEQUINTE DO CPC/2015 C/C ART. 256-N E SEQUINTE DO REGIMENTO INTERNO DO STJ.

1. O objeto da presente demanda é definir se o ente público pode estipular cláusula editalícia em licitação/pregão prevendo percentual mínimo referente à taxa de administração, como forma de resguardar-se de eventuais propostas, em tese, inexecutáveis.

2. Não merece acolhida a preliminar de não conhecimento. A inexecutabilidade do contrato no caso concreto não consistiu em objeto de apreciação do acórdão impugnado, cujo foco se limitou a deixar expresso que o artigo 40, inciso X, da Lei nº 8.666/1993, ao impedir a limitação de preços mínimos no edital, aplica-se à taxa de administração. O que o acórdão recorrido decidiu foi a ilegalidade da cláusula editalícia que previu percentual mínimo de 1% (um por cento), não

chegando ao ponto de analisar fatos e provas com relação às propostas específicas apresentadas pelos concorrentes no certame.

3. Conforme informações prestadas pelo Núcleo de Gerenciamento de Precedentes deste Tribunal, *"quanto ao aspecto numérico, a Vice-Presidência do Tribunal de origem, em auxílio a esta Corte, apresenta às e-STJ, fls. 257-264 listagem com 140 processos em tramitação nas Câmaras de Direito Público ou no Órgão Especial do Tribunal cearense em que se discutem a mesma controvérsia destes autos. Não obstante, é possível inferir haver grande potencial de repetição de processos em todo o território nacional em virtude da questão jurídica discutida nos autos relacionada ao processo licitatório e à possibilidade de a administração fixar valor mínimo de taxa de administração."*

Tudo isso a enfatizar a importância de que o STJ exerça sua função primordial de uniformizar a interpretação da lei federal no Brasil, evitando que prossigam as controvérsias sobre matéria de tão alto relevo e repercussão no cotidiano da Administração Pública em seus diversos níveis, com repercussão direta nos serviços prestados à população e na proteção dos cofres públicos.

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 8.666/93, 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 8.666/93 -, 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.

8. Nos moldes da Súmula 331/TST, a responsabilidade da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada é subsidiária. A efetiva fiscalização da prestadora de serviço quanto ao cumprimento das obrigações contratuais e legais – especialmente o adimplemento dos encargos trabalhistas, previdenciários e fiscais – afasta a responsabilização do ente público, diante da inexistência de conduta culposa. Não é necessário, portanto, fixar-se um percentual mínimo de taxa de administração no edital de licitação para evitar tal responsabilização.

9. Cuida-se a escolha da taxa de administração, como se vê, de medida compreendida na área negocial dos interessados, a qual fomenta a competitividade entre as empresas que atuam nesse mercado, em benefício da obtenção da melhor proposta pela Administração Pública.

10. Tese jurídica firmada: "Os editais de licitação ou pregão não podem conter cláusula prevendo percentual mínimo referente à taxa de administração, sob pena de ofensa ao artigo 40, inciso X, da Lei nº 8.666/1993."

11. Recurso especial conhecido e provido, nos termos da fundamentação.

12. Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e art. 256-N e seguintes do Regimento Interno deste STJ.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Francisco Falcão e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 23 de setembro de 2020.

Ministro Og Fernandes
Relator