

ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DA FUNDO MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL DE ITAIÓPOLIS – ESTADO DE SANTA CATARINA.

ASSUNTO: IMPUGNAÇÃO DE EDITAL
REPRESENTANTE: BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA
REPRESENTADO: FUNDO MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL DE ITAIÓPOLIS – ESTADO DE SANTA CATARINA
PREGÃO Nº. 001/2023
EDITAL Nº. 001/2023

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 14/02/2023.

As impugnações podem ser apresentadas até 02 (dois) dias úteis antes da data fixada para recebimento da proposta, nos termos do item 11.1 do edital.

Deste modo, a presente representação da Impugnação ao Edital, nesta data 07/02/2023, 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 **FUNDO MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL DE ITAIÓPOLIS – ESTADO DE SANTA CATARINA** publicou Edital cujo objeto é *“A presente licitação tem por objeto a contratação de empresa especializada para prestação de serviço de administração, gerenciamento, emissão e fornecimento de cartão alimentação, na forma de cartão magnético, com processamento e carga de créditos eletrônicos bem como o credenciamento de no mínimo 05 (cinco) supermercados localizados no município de Itaiópolis para o fornecimento de produtos alimentícios, higiene pessoal e limpeza, destinados ao atendimento às famílias em situação de vulnerabilidade e risco social, com a finalidade de auxiliar na sua manutenção, considerando o caráter suplementar e temporário dos benefícios eventuais que integram organicamente as garantias do sistema único de assistência social – SUAS, com fundamentação nos princípios da cidadania e nos direitos humanos e sociais, conforme descrição no Anexo I – Termo de Referência e nas condições fixadas neste edital e seus anexos.”*

Contudo tal edital traz limitação quanto a taxa que a contratada deve aplicar ao credenciar a rede de estabelecimentos comerciais, o que não deve florescer visto ser uma ingerência da administração pública na relação privada, conforme será demonstrado a seguir.

3- DA IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAR A TAXA COBRADA DOS ESTABELECIMENTOS.

O edital em questão traz como critério de julgamento a "MENOR PREÇO (MENOR TAXA ADMINISTRATIVA DA REDE CREDENCIADA)", com isso órgão licitante determina o limite da taxa a ser cobrada perante a rede credenciada no município bem como já deixa

subtendido não ser permitido a taxa negativa, o que também deve ser rechaçado, já que é claro empecilho à competitividade do certame. Vejamos:

Item	Descrição	Taxa de administração máxima para a rede credenciada (%)
03	Taxa administrativa da rede credenciada (supermercados/mercados)	3,00 %

Contudo, em que pese os receios que possa afligir a administração pública, a imposição limitar a taxa credenciada nos estabelecimentos, extrapola a autonomia e o poder da administração pública, vez que relacionados à relação jurídica estabelecida entre particulares – empresa e estabelecimentos – da qual a administração não pode interferir.

Por se tratar de uma negociação comercial, a empresa depende da aceitação do estabelecimento para credenciar. Ambas as partes exercem nesse momento sua autonomia de vontade, não cabendo à Administração interferir em tal vontade.

Não se admite que a administração pública tenha ingerência nas relações jurídicas travadas entre particulares, pois foge do seu âmbito de poder e atuação, posicionamento este que vem sendo sedimentado pelo Tribunal de Contas.

A título de demonstração, citamos parte do Acórdão do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em que **rechaçou a exigência de limitação de taxa administrativa a ser negociada com o estabelecimento, da comprovação de quitação dos estabelecimentos, bem como da limitação de prazo para pagamento, por caracterizar interferência na relação comercial entre particulares.** Vejamos:

“No mérito, a instrução dos autos converge para a procedência das impugnações.

*Conforme antecipado por ocasião da decisão que determinou a paralisação do certame, **os questionamentos relativos à taxa cobrada dos estabelecimentos credenciados não são inéditos no***

âmbito deste Tribunal, que tem considerado indevida sua limitação, por implicar em interferência na relação jurídica travada entre os particulares. Deve a Administração, portanto, abster-se da sua fixação, seja ela de 5%, nos termos previstos no item 14 do Termo de Referência¹, ou qualquer outro percentual, uma vez que desprovidos de amparo legal.

[...]

Pelas mesmas razões, os órgãos técnicos pugnam pela supressão da previsão de entrega de declaração das quitações de débitos da contratada junto à rede credenciada.

De fato, a exigência da entrega mensal de declaração, de cada empresa credenciada, dando quitação dos valores devidos pela prestadora até o dia 30 do mês anterior², revela uma série de obstáculos, tanto do ponto de vista logístico quanto financeiro. Além do ônus na obtenção da documentação, diretamente proporcional ao número de credenciados, e dos embaraços causados por uma hipotética recusa, sequer é possível descartar eventual descompasso entre os prazos de pagamento estabelecidos pelo edital e aqueles comumente praticados pelo segmento, como bem recordou ATJ, aspectos que, a meu ver, se mostram suficientes para determinar a exclusão proposta de forma unânime pela instrução.

Ante o exposto, voto pela procedência das representações formuladas por VS Card – Administradora de Cartões Ltda. e Mega Vale Administradora de Cartões e Serviços Ltda, determinando à Prefeitura Municipal de Tejuapá que, caso queira prosseguir com o certame: (i) se abstenha da fixação de limite para a taxa de administração a ser

cobrada dos estabelecimentos credenciados; e (ii) suprima a previsão de entrega mensal de declaração das quitações de débitos da contratada junto à rede credenciada.

(Acórdão TCESP. 03.03.2021. TC-002116.989.21-1 e TC-004544.989.21-3)

A negociação da taxa credenciada junto aos estabelecimentos é decorrente de um contrato bilateral firmado entre ambos, do qual a administração pública não faz parte, encontra-se inserida na esfera de Direito Privado, e ao interferir a Administração Pública fere o Princípio Constitucional da Liberdade.

Autonomia da vontade é a liberdade de agir que a pessoa exerce para satisfazer seus anseios. Cada indivíduo manifesta sua vontade real, a fim de ter o objeto da sua vontade alcançado.

A autonomia privada é fonte normativa, ou melhor, fonte do direito obrigacional, livre da ingerência do Estado, livre da interferência daqueles que não contrataram. Ou seja, se a relação não for viciada e se não descumprir os preceitos da função social do contrato e da boa-fé, não existe motivação para a interferência estatal na presente relação.

Assim é disposto no Código Civil de 2002:

Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Outrossim, caso seja mantida a limitação na taxa para os estabelecimentos, fica subtendido que a Câmara também faz parte do negócio firmado entre a contratada e o estabelecimentos, isto é, haverá também por parte da Câmara responsabilidade quanto as obrigações das Contratada, deixando caracterizada, portanto, a responsabilidade solidária da Administração Pública.

Sendo assim, da forma como está posto o ato convocatório, inegavelmente há exigência de compromisso de terceiro, já que a exigência da rede credenciada elencada está entrelaçada como uma condição comercial que não cabe à Administração Pública intervir.

Desta forma, o Edital deve ser alterado para modificar totalmente o item que faz referência à taxa de 4% previsto no Edital, visto o direcionamento de credenciamento dos estabelecimentos ser ato ilícito, restringindo o caráter competitivo do certame, posto ainda que, configura compromisso de terceiro a obrigação se obedecer a taxa de administração imposta aos estabelecimentos credenciados.

4- DA VEDAÇÃO À TAXA NEGATIVA

Além de limitar a taxa no estabelecimento, em uma nítida tentativa de intervir na ordem econômica privada, o edital também limita a taxa a ser ofertada a própria Administração Pública, não admitindo taxa negativa, isto é, desconto para a Câmara.

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

O TCU já decidiu, através do acórdão 4714/2022 – 1ª Câmara, no sentido de que não cabe à Administração Pública limitar a taxa a ser oferecida pela licitante. Transcrevo:

“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”

Além disso, no mercado de fornecimento de Cartão Alimentação e Refeição, é praxe que a grande maioria das empresas que participam de licitações, ofereçam 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.

3.1- 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.

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):

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

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: própria Modelo: própria
Descrição: Gerenciamento e conexão 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 saídas e senha pessoal e intransferível, para validação das transações pelo usuário. Obrigatório rede ce no mínimo 06(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	02.030.078/0001-84	-0,01	-16,00	Sim
2 BERLIN FINANCE MEIOS DE PAGAMENTOS EIRELI	017	16.814.330/0001-50	-0,10	-16,15	Não
3 MEGA VALE ADMINSTRADORA DE CARTÕES E	006	21.922.507/0001-72	-0,01	-8,97	Sim
4 VEROCHQUE REFEIÇÕES LTDA	002	06.344.497/0001-41	-1,00	-7,80	Não
5 LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA	021	10.207.352/0001-40	-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	029	06.987.909/0002-94	1,00	-0,05	Não
8 M&S SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS LTDA	054	26.066.198/0001-62	0,01	0,30	Não
9 GREEN CARD S/A REFEIÇÕES COMERCIO E	048	02.859.830/0001-71	0,01	0,01	Não
10 MELVALE GESTAO ADMINISTRATIVA LTDA	002	18.878.159/0001-28	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 MARIILIA 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-	086	21.935.659/0001-00	-1,25	-0,05	Sim
2 BERLIN FINANCE MEIOS DE PAGAMENTOS EIRELI	046	16.814.330/0001-50	-0,10	-9,03	Não
3 VEROCHQUE REFEIÇÕES LTDA	083	06.344.497/0001-41	-1,00	-8,87	Não
4 GIMAVE MEIOS DE PAGAMENTOS E INFORMAÇÕES	045	06.989.478/0003-82	-0,10	-7,11	Não
5 BIQ BENEFÍCIOS LTDA	076	07.878.237/0001-19	0,01	-5,81	Não
6 VOLUS TECNOLOGIA E GESTAO DE BENEFÍCIOS	080	03.817.702/0001-60	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 site 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	Classificad ,00o S
	6582	MEGAVALÉ ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA Motivo: Sorteio	1.056.000	Desclassific ,00ado Sorteio
	6583	VEROCHEQUE REFEICOES LTDA Motivo: Sorteio	1.056.000	Desclassific ,00ado Sorteio
	7295	ROM CARD - ADMINISTRADORA DE CARTOES LTDA Motivo: Sorteio	1.056.000	Desclassific ,00ado Sorteio

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

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 10.520/2022, 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.

3.3- 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 3º2, 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 inexecutabilidade 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."

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 16/02/2023, 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, 07 de fevereiro de 2023.



BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTOS LTDA

CNPJ nº 16.814.330/0001-50

PROCESSO Nº: @PAP 22/80092861
UNIDADE GESTORA: Câmara Municipal de Imbituba
RESPONSÁVEL: Elisio Sgrott
INTERESSADOS: Antônio Jose Perrino Bitarian, BK Instituição de Pagamento Ltda,
Câmara Municipal de Imbituba
ASSUNTO: Pregão Presencial 06/2022 - contratação de empresa para
operacionalização do fornecimento de vale-alimentação
RELATORA: Sabrina Nunes Iocken
UNIDADE TÉCNICA: Divisão 5 - DLC/CAJU/DIV5
DECISÃO SINGULAR: COE/SNI - 1171/2022

Tratam os autos de Procedimento Apuratório Preliminar (PAP) apresentado em 07/12/2022 pela empresa BK Instituição de Pagamento Ltda., inscrita no CNPJ n. 16.814.330/0001-50, comunicando supostas irregularidades no Edital de Pregão Presencial n. 06/2022, promovido pela Câmara Municipal de Imbituba, cujo objeto consiste na contratação de empresa do ramo especializado para operacionalização do fornecimento de vale-alimentação, através da exclusiva emissão, utilização e administração de cartões magnéticos, aptos a receber crédito em dinheiro correspondentes a carga dos cartões, aos servidores públicos municipais usuários do Poder Legislativo, detentores de cargo de provimento efetivo e aos detentores de cargos comissionados. O valor global estimado é R\$ 420.000,00.

A autora do procedimento questiona, em síntese, a limitação da taxa administrativa para os estabelecimentos credenciados (4%) e a vedação de apresentação de taxa de administração negativa, conforme consta no Anexo II do Edital (fl. 48). Ademais, requer a suspensão cautelar do Edital de Pregão Presencial n. 06/2022, cuja abertura estava prevista para o dia 15/12/2022.

Após analisar os autos, a Diretoria de Licitações e Contratações (DLC) emitiu o Relatório n. 1094/2022, elaborado pelo Auditor Fiscal de Controle Externo Murilo Ribeiro de Freitas, no qual sugeriu considerar atendidos os critérios de seletividade no PAP; converter o PAP em processo de representação; indeferir o pedido de medida cautelar; conhecer da representação em face da limitação de 4% na taxa administrativa cobrada dos estabelecimentos credenciados; e determinar a audiência do Responsável.

É o breve relatório.

Vindos os autos à apreciação desta Relatora, verifico que o procedimento preencheu os requisitos de seletividade e admissibilidade, razão pela qual me manifesto pela sua conversão em processo de fiscalização e pelo seu conhecimento.

Processo: @PAP 22/80092861 – Despacho: COE/SNI - 1171/2022

1
4511395

A autora do Procedimento Apuratório questiona as regras previstas no Anexo II do Edital de Pregão Presencial n. 06/2022, promovido pela Câmara Municipal de Imbituba, que estabelece a Taxa Administrativa máxima para os estabelecimentos credenciados em 4% e fixa a Taxa Administrativa para a Câmara Municipal de Imbituba em 0%. Aduz que, ao fixar a taxa administrativa para a Câmara Municipal, não está admitindo taxa negativa, isto é, desconto para o órgão público contratante. Quanto à fixação da taxa máxima possível de ser cobrada dos estabelecimentos credenciados, defende que tal regra “extrapola a autonomia e o poder da administração pública, vez que relacionados à relação jurídica estabelecida entre particulares – empresa e estabelecimentos – da qual a administração não pode interferir” (fl. 7).

No que tange ao pedido de concessão de medida cautelar, de acordo com o artigo 29 da Instrução Normativa n. TC-21/2015, o Relator poderá, em caso de urgência, de fundada ameaça de grave lesão ao erário ou a direito dos licitantes, de fundados indícios de favorecimento pessoal ou de terceiros, e para assegurar a eficácia da decisão de mérito, determinar à autoridade competente a sustação do procedimento licitatório, bem como dos atos administrativos vinculados à execução do contrato, incluídos quaisquer pagamentos decorrentes do contrato impugnado, até decisão posterior que revogue a medida ou até a decisão definitiva, nos termos do art. 114-A do Regimento Interno desta Casa – Resolução n. TC-06/2001.

Tal medida deve ser adotada somente quando presentes os pressupostos do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, com o objetivo de obstar a ocorrência de fato que venha a causar lesão ao erário ou que venha a comprometer a eficácia da futura decisão de mérito desta Corte de Contas.

Quanto ao direito pleiteado pela demandante, destaco que restrições similares foram acolhidas em decisão recente desta Relatora para determinar a suspensão cautelar do Pregão Eletrônico n. 55/2022, promovido pela Prefeitura de Joaçaba, bem como a audiência da Responsável. Na Decisão Singular n. COE/SNI - 1037/2022, exarada nos autos do Processo n. @PAP 22/80082203 em 30/11/2022, foram ressaltadas algumas diferenças nas licitações que envolvem a gestão de vale-alimentação e aquelas relacionadas à gestão de frota de veículos para considerar presentes os requisitos necessários à concessão da medida cautelar pleiteada.

Assim, frente aos argumentos consignados nesse processo similar recentemente apreciado por esta Relatora e aos precedentes deste Tribunal, considero plausível o direito alegado pelo demandante, constituindo um dos requisitos para a concessão da medida cautelar almejada. Cito trecho da mencionada Decisão Singular n. COE/SNI - 1037/2022:

Este Tribunal de Contas tem entendido que a vedação de apresentação de taxa de administração negativa em edital de licitação visando à contratação de empresa para fornecimento de vale alimentação caracteriza ofensa aos arts. 3º e 40, inciso X, da Lei (federal) n. 8.666/1993. Considera-se que a cláusula de vedação de taxa de administração negativa significa a fixação de um preço mínimo, contrariando o inciso X do art. 40 da Lei Federal n. 8.666/1993 e, ainda, atentando contra o princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, ao limitar o exercício da competição e a possibilidade de obter menores preços no pregão (art. 3º, § 1º, I, da Lei Federal n. 8.666/93).

Nesse sentido, pode-se citar alguns processos recentemente analisados nesta Corte de Contas: @REP 19/00021401; @REP-19/00038126; @REP-19/00058151; @REP 19/01001501; e @REP-22/80056121.

Contudo, nos presentes autos, considero presente também o *periculum in mora reverso*, pois, em consulta ao sítio eletrônico da Prefeitura de Imbituba, verifico que um contrato foi celebrado com a empresa Personal Net Tecnologia de Informação Ltda., com período de vigência de 22/12/2022 até 22/12/2023¹. Assim, uma suspensão da execução do contrato, neste momento, pode ensejar graves prejuízos aos servidores públicos municipais do Poder Legislativo de Imbituba.

Acrescento que o assunto destes autos vem sendo amplamente debatido neste Tribunal. Conforme mencionado acima, no Processo n. @PAP 22/80082203 foi feita uma distinção entre os setores, pois, nos autos do Processo n. 22/80021174 (Município de Concórdia), o Tribunal Pleno exarou a Decisão n. 1363/2022 admitindo a vedação de taxas de administração negativa em certame para contratação de empresa para fazer a gestão da frota de veículos daquele município. Por sua vez, encontra-se em tramitação nesta Corte de Contas o Processo n. 22/80049346 (Município de Dionísio Cerqueira), no qual se discute a possibilidade de se admitir aquela vedação também nos certames relacionados a vale alimentação.

Assim, considerando a presença do *periculum in mora reverso*, a necessidade de aprofundamento da análise e a evolução da discussão neste Tribunal, me manifesto em consonância com a Diretoria Técnica pela denegação da medida cautelar pleiteada e realização de audiência do Responsável.

Diante do exposto, DECIDO:

1. Considerar atendidos os critérios de seletividade no Procedimento Apuratório Preliminar protocolado pela empresa BK Instituição de Pagamento Ltda., contra o Edital do Pregão Presencial n. 06/2022, promovido pela Câmara Municipal de Imbituba, nos

¹ Disponível em: https://e-gov.betha.com.br/transparencia/01037-144/con_licitacoes.faces. Acesso em: 27 dez. 2022.

termos do art. 7º da Portaria n. TC-0156/2021 e do art. 10, inciso I, da Resolução n. TC-0165/2020.

2. Converter o Procedimento Apuratório Preliminar em processo de Representação, nos termos do art. 7º da Portaria n. TC-0156/2021 e do art. 10, inciso I, da Resolução n. TC-0165/2020.

3. Indeferir o pedido de medida cautelar de suspensão do Pregão Presencial n. 06/2022, promovido pela Câmara Municipal de Imbituba, bem como em relação ao Contrato n. 39/2022, celebrado entre a Câmara Municipal de Imbituba e a Personal Net Tecnologia de Informacao Ltda., ante a presença do *periculum in mora reverso*.

4. Conhecer da representação formulada pela empresa BK Instituição de Pagamento Ltda., contra o Edital de Pregão Presencial n. 06/2022, promovido pela Câmara Municipal de Imbituba, cujo objeto consiste na contratação de empresa do ramo especializado para operacionalização do fornecimento de vale-alimentação, através da exclusiva emissão, utilização e administração de cartões magnéticos, aptos a receber crédito em dinheiro correspondentes a carga dos cartões, aos servidores públicos municipais usuários do Poder Legislativo, detentores de cargo de provimento efetivo e aos detentores de cargos comissionados, no tocante aos seguintes itens:

4.1. Tipo licitatório da menor taxa administrativa dos estabelecimentos credenciados, com limitação de 4%, previsto no item 9.1 do Edital, o que afronta o princípio da livre iniciativa, estabelecido no inc. IV do art. 1º da Constituição Federal de 1988, e da economicidade, implícito à Administração Pública, violando o § 1º do inc. I do art. 3º da Lei n. 8.666/93.

4.2. Vedação da apresentação de taxa de administração negativa, conforme regra prevista no Anexo II do Edital, que fixa a taxa administrativa para a Câmara Municipal de Imbituba em 0%, em desacordo com o art. 40, X da Lei Federal n. 8.666/93 e o princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração prevista no *caput* do artigo 3º do mesmo diploma Legal.

5. Determinar a audiência do Sr. Elísio Sgrott, Presidente da Câmara Municipal de Imbituba e subscritor do Edital, nos termos do art. 29, § 1º, da Lei Complementar Estadual nº 202, de 15 de dezembro de 2000, para, no prazo de até 30 (trinta) dias, a contar do recebimento da deliberação, com fulcro no art. 46, I, b, do mesmo diploma legal c/c o art. 124 do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado (Resolução nº TC-06, de 28 de dezembro de 2001), em relação às irregularidades descritas nos itens 4.1 e 4.2 desta Decisão.

6. Determinar à Secretaria-Geral que submeta o indeferimento da medida cautelar ao Plenário na próxima Sessão, nos termos do § 1º do art. 114-A do Regimento Interno desta Corte de Contas.

7. Determinar à Secretaria-Geral que proceda à ciência da presente Decisão Singular aos Conselheiros e aos demais Conselheiros Substitutos, nos termos do art. 36, § 3º, da Resolução n. TC-09/2002, alterado pelo art. 7º da Resolução n. TC-05/2005.

8. Dar ciência desta Decisão à empresa autora do procedimento, aos interessados, à Unidade e ao responsável pelo Controle Interno da Unidade.

Florianópolis, 27 de dezembro de 2022.

Sabrina Nunes Iocken
Relatora