



CÂMARA MUNICIPAL DA ESTÂNCIA BALNEÁRIA DE MONGAGUÁ
Estado de São Paulo

CONCLUSÃO IMPUGNAÇÃO

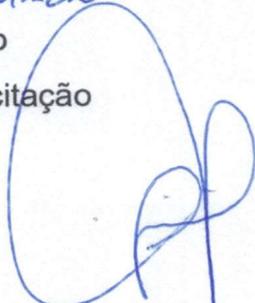
A Comissão de Apoio ao Pregoeiro nomeada pela portaria nº 37 de 24 de fevereiro de 2023, em sede de julgamento da Impugnação ofertada pela empresa BK Instituição de Pagamento Ltda., em 27/02/2023, face ao Edital Pregão Eletrônico nº. 001/2023 – Processo Licitatório nº. 000018/2023 – Processo Adm. nº. 059/2023, ACOLHE o Parecer Jurídico acostado e decide pelo conhecimento da impugnação, e no mérito, para Negar Provimento, julgando IMPROCEDENTE a Impugnação ofertada. Ciência ao Impugnante.

Mongaguá, 01 de março de 2023.

Bianca Mendes Kadekaro
Bianca Mendes Kadekaro

Presidente da Comissão de Licitação


Paula Thaís Ranzani de França
1º Membro


Josué Sanches
2º Membro



CÂMARA MUNICIPAL DA ESTÂNCIA BALNEÁRIA DE MONGAGUÁ
Estado de São Paulo

De: Departamento Jurídico
Para: Comissão de Licitação

PARECER

Trata-se de Impugnação ofertada pela empresa BK Instituição de Pagamento Ltda., em 27/02/2023, face ao Edital Pregão Eletrônico nº. 001/2023 – Processo Licitatório nº. 000018/2023 – Processo Adm. nº. 059/2023.

Em síntese, a impugnação da licitante refere-se à vedação de Taxa negativa prevista do Edital em comento, com fundamento na Medida Provisória nº. 1.108/2022 convertida em Lei nº. 14.442/2022, especificamente seu Art. 3º.

Fundamenta que tal vedação não se aplica à Administração Pública por não haver adesão aos benefícios do PAT. Ainda, aduz que referida restrição implica em afronta ao regular processo licitatório, na busca da proposta mais vantajosa. Por fim, requer a suspensão do certame e retificação dos itens impugnados.

É a síntese do necessário.

Inicialmente, observa-se que tempestiva a interposição do instrumento de



CÂMARA MUNICIPAL DA ESTÂNCIA BALNEÁRIA DE MONGAGUÁ Estado de São Paulo

Impugnação, bem como das razões expostas depreende-se ciência do Edital e seus anexos, razão pela qual opina-se pelo seu conhecimento.

Quanto ao pedido de suspensão do certame, entende-se pela sua desnecessidade, tendo em vista o lapso temporal hábil para que a licitante diligencie as providências necessários, tendo em vista a ocorrência da sessão pública agendada para o dia 07/03/2023.

Quanto ao mérito, em que pese a fundamentação apresentada, opino pelo indeferimento da Impugnação, conforme fundamento a seguir:

Inicialmente, há de se esclarecer que os Servidores desta Câmara Municipal estão sujeitos às regras da CLT, e não ao regime estatutário conforme firmado pela Nobre licitante.

Não obstante, tem-se a matéria discutida não é inovação de tema, uma vez que o TCESP firmou entendimento quanto à matéria, em sede de julgamento do TC 009245.989-22-3 (Seção 6\4\2022), passando a considerar possível a vedação da taxa negativa. A Jurisprudência mais recente compreende que, independentemente de o órgão promotor do certame ser adepto ou não ao benefício PAT – previsto no dispositivo legal objeto da impugnação, Art. 3º, Inciso I da Lei 14.442\2022 e artigo 175, do Decreto 10.854\2021 – a vedação em comento não tem o condão de macular o respectivo certame. Foi nesse sentido a decisão exarada em demanda similar TC 010690-989-22-3.

Ademais, entende-se pela ampliação da aplicação do dispositivo legal impugnado aos órgãos não beneficiados pelo PAT se dá, uma vez que a permissão de fixação de taxas negativas reverterá o suporte de encargos pelo usuário final (servidor).



CÂMARA MUNICIPAL DA ESTÂNCIA BALNEÁRIA DE MONGAGUÁ Estado de São Paulo

Ora, à vista da vontade do legislador, a proteção do trabalhador deve ser abarcada por quaisquer entidades. Conforme exposto no Relatório Voto TC 009245.989-22-3 (Seção 6\4\2022): *"Como forma de contribuir a este debate, agrego a este contexto que aparentes 'prejuízo' decorrentes da concessão de desconto na taxa de administração, por óbvio, não seriam assumidos pelos prestadores do serviço, mas sim, ao menos em certa medida, repassados aos usuários finais – no caso, os servidores da Câmara. (...) 'se a regulamentação federal do PAT caminhou por aí, é um reforço enorme na interpretação da inconveniência, em qualquer circunstância da adoção de taxa zero ou negativa' "*

Ainda no mesmo sentido, conforme mencionado no Relatório Voto TC 0189.989.22-3 pelo MPC:

"ainda que servidores, na condição de estatutários, não estejam sujeitos às regras da CLT, há que se reconhecer (...) que a vedação ao oferecimento de taxa de administração negativa possivelmente se reverte em benefício aos usuários dos cartões, e que os atos da Administração não devem se ater ou se balizar por práticas correntes do mercado, mas sim priorizar, antes de tudo, os interesses do povo – posicionado, nas relações ora discutidas, na vulnerável condição tanto de terceiro alheio à avença como de consumidor, que suportará os custos da taxa negativa. Isto porque as empresas prestadoras dos serviços repassam seus custos aos estabelecimentos comerciais que, por sua vez, os refletem nos preços finais dos produtos e serviços, impactando diretamente no poder aquisitivo do servidor".

Assim, resta demonstrado que a vedação à taxa negativa prevista no Edital encontra respaldo junto à Jurisprudência recente do TCESP, além de cumprir a vontade do legislador quanto à proteção do servidor\trabalhador e não ser questão pertinente à macular o processo licitatório.



CÂMARA MUNICIPAL DA ESTÂNCIA BALNEÁRIA DE MONGAGUÁ
Estado de São Paulo

Por fim, não há o que se falar em irregularidade ao devido e regular processo licitatório, uma vez que a ocorrência do sorteio é uma possibilidade prevista em Lei (Art. 45, Parágrafo 2º da Lei nº. 8.666\93). No mesmo sentido, o presente certame (ainda não realizado), prevê todas as fases que garantem a concorrência entre os licitantes.

Assim, ante todo o exposto, opino pelo conhecimento da impugnação, e no mérito, para Negar Provimento, julgando IMPROCEDENTE a Impugnação ofertada.

SMJ. É o parecer.

Mongaguá, 28 de fevereiro de 2023.

Dra. Carolina Guasti Gomes Bartié

OAB\SP 334.141

Diretor (a) Jurídico



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

Conselheiro Robson Marinho

Tribunal Pleno – **SEÇÃO MUNICIPAL**

Sessão: **6/4/2022**

Representação contra Edital – **Indeferimento e arquivamento**

M-006: TC-009245.989.22-3

Representada: Câmara de Guaratinguetá

Responsáveis: Graciano Arilson dos Santos (Presidente) Jeferson Felipe dos Santos (Diretor Administrativo)

Representante: Verocheque Refeições Ltda.

Assunto: Representação formulada em face do pregão presencial nº 2/2022, promovido pela Câmara de Guaratinguetá, tendo por objeto o fornecimento de vale-alimentação

Advogados (cadastrados no e-TCESP): Luis Flavio C. Alves – OAB/SP 150.355 e outros (Representada); Paulo André S. Poch – OAB/SP 181.402 (Representante).

EMENTA: REPRESENTAÇÃO CONTRA O EDITAL. PREGÃO PRESENCIAL. TAXA NEGATIVA. INDEFERIMENTO.

A vedação ao oferecimento de taxa de administração negativa prevista no edital, mesmo por Entidades não filiadas ao PAT, não denota qualquer ilegalidade ao certame.

Relatório

Trata-se de representação formulada por Verocheque Refeições Ltda. em face do Pregão Presencial nº 02/2022, instaurado pela Câmara de Guaratinguetá, tendo por objeto a “administração, gerenciamento e fornecimento de cartão magnético de vale-alimentação” para os seus servidores, nos termos estipulados no ato convocatório.

Em síntese, requereu a sustação cautelar do procedimento licitatório, para fins de excluir a vedação do oferecimento de taxa negativa.

A data da abertura foi marcada para o dia 13 de abril de 2022.

É o relato do necessário.

fnp



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

Voto

TC-009245.989.22-3

Resolvi, Senhores Conselheiros, diante da existência de tempo hábil até a abertura do certame e do brocardo “quem pode o mais, pode o menos”, submeter a proposta de indeferimento ao Tribunal Pleno por se tratar de matéria que, caso acolhida, modificará o nosso entendimento jurisprudencial.

De fato, recordo que em nossa última reunião – dia 23 de março deste ano -, o Plenário, em acolhimento ao r. voto do Eminentíssimo Conselheiro Renato Martins Costa, aceitou a vedação à taxa negativa, especificamente porque naquela situação a CETESB, beneficiária ativa do PAT (Programa de Alimentação do Trabalhador), estaria obrigada a atender aos parâmetros insculpidos no Decreto nº 10.854/21, cujo artigo 175 proíbe o recebimento de qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado(TC-5627.989.22-1).

Todavia, compreendo que tal raciocínio possa ser estendido, de forma mais ampla, aos demais Entes promovedores dos certames, independentemente da inscrição naquele programa.

Aliás, esta inteligência não é nova, haja vista que conta, há tempos, com a simpatia especial do Eminentíssimo Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues, como retratado nas notas taquigráficas do TC-015950.989.19-4 (Pleno de 31/7/2019), ao indagar se seria razoável a Administração, do ponto de vista ético, ser parceira das empresas oligopolizadas deste setor, da mesma forma que soaria estranhíssimo, agora do ponto de vista moral, que a disputa ocorresse entre grupos fortíssimos e que a Prefeitura ou o Estado abocanhasse uma parte desses rendimentos.

Como forma de contribuir a este debate, agrego a este contexto que aparentes “prejuízos” decorrentes da concessão de desconto na taxa de



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

administração, por óbvio, não seriam assumidos pelos prestadores do serviço, mas sim, ao menos em certa medida, repassados aos usuários finais – no caso, os servidores da Câmara.

Em outras palavras, haveria uma “usurpação” da finalidade precípua da prestação, haja vista que os seus destinatários estariam impedidos, na prática, do recebimento de tais benefícios pelos valores reais de mercado.

Veja-se que se a intenção do Decreto nº 10854/21 foi proteger o trabalhador com a vedação, nada mais justificável, até pelo aspecto de isonomia, estendê-la aos demais beneficiários, mesmo que empregados em entidades não filiadas ao PAT.

A propósito, nesta linha foram as palavras pronunciadas pelo Eminentíssimo Conselheiro Renato Martins Costa naquela oportunidade já mencionada, ao pontuar que, “se a regulamentação federal do PAT caminhou por aí, é um reforço enorme na interpretação da inconveniência, em qualquer circunstância, da adoção de taxa zero ou negativa”.

Por estas razões, voto pelo INDEFERIMENTO da medida liminar pleiteada na inicial.

Acolhido este entendimento, intimem-se a Representada e Representante, na forma regimental.

Com o trânsito em julgado, arquivem-se os autos.

É como voto.

DECISÃO

Processo: TC-010690.989.22-3.

Representante: Berlin Finance Meios de Pagamentos Ltda.

Representada: Prefeitura Municipal de Mogi Mirim.

Responsável: Paulo de Oliveira e Silva, Prefeito.

Assunto: Representação formulada contra o Edital n.º 046/2022 do Pregão Eletrônico n.º 038/2022, Processo n.º 5.063/2022, que objetiva a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de fornecimento, administração e gerenciamento de instrumentos de pagamento em moeda eletrônica para aquisição de gêneros alimentícios destinados aos servidores da Prefeitura Municipal e do Serviço Autônomo de Água e Esgoto do Município de Mogi Mirim/SP.

Trata-se de representação formulada pela empresa Berlin Finance Meios de Pagamento Ltda. contra o Edital n.º 046/2022 do Pregão Eletrônico n.º 038/2022, Processo n.º 5.063/2022, da Prefeitura Municipal de Mogi Mirim, objetivando a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de fornecimento, administração e gerenciamento de instrumentos de pagamento em moeda eletrônica para aquisição de gêneros alimentícios destinados aos servidores da Prefeitura Municipal e do Serviço Autônomo de Água e Esgoto do Município de Mogi Mirim/SP.

Segundo o edital, o prazo final para entrega das propostas está marcado para as 08h00 de 28/04/2022.

Em resumo, a peticionária afirma que o subitem 5.11.1.1 do ato de convocação veda a apresentação de taxa negativa, com base, a seu ver, no artigo 3º, inciso I, da Medida Provisória n.º 1.108/2022, bem como no artigo 175 do Decreto n.º 10.854/2021.

Na sua concepção, porém, tais normativos não têm aplicabilidade no âmbito da Administração Pública, afrontando, ainda, princípios constitucionais e os previstos na Lei n.º 8.666/1993.

Nesse sentido, esclarece que os órgãos públicos não são beneficiários do Programa de Alimentação ao Trabalhador – PAT, de adesão voluntária e voltado a estimular o fornecimento de alimentação nutricionalmente adequada aos trabalhadores, por meio de concessão de incentivos fiscais ao empregador.

Afirma que o empregador aderente ao PAT e optante pela tributação com base no lucro real pode deduzir parte das despesas com referido Programa do Imposto de Renda, consoante disposto no artigo 1º da Lei n.º 6.321/1976 e no artigo 1º do Decreto n.º 5/1991.

À vista disso, conclui que, apesar de os órgãos públicos poderem aderir ao PAT, isso não os torna beneficiários desse Programa, já que não farão jus ao incentivo fiscal.

Alega que, em que pese a Medida Provisória n.º 1.108/2022 se refira ao auxílio-alimentação de que trata o § 2º do artigo 457 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, a proibição prevista no já citado artigo 3º, inciso I, desse normativo objetiva impedir a deturpação da política pública, que, caso contrário, beneficiaria duplamente os favorecidos pelo PAT, com a isenção tributária e o desconto concedido pelas empresas atuantes no mercado de vales alimentação e refeição.

Cita que essa conclusão pode ser obtida a partir da “Exposição de Motivos” relativa à mencionada Medida Provisória, cujos excertos são transcritos na inicial.

Reitera que como a finalidade do artigo 3º, inciso I, da Medida Provisória n.º 1.108/2022 é impedir o duplo favorecimento às pessoas jurídicas beneficiárias do PAT, tal norma não se aplica aos órgãos públicos, os quais não possuem, a seu ver, aquela qualidade por não usufruírem do incentivo fiscal decorrente do referido Programa.

Transcreve decisão proferida pelo E. Tribunal de Contas do Estado do Paraná em benefício de suas teses.

Compreende a esse respeito, também, que a vedação de apresentação de proposta com taxa de administração negativa viola disposição expressa do artigo 3º da Lei n.º 8.666/1993, cujo teor define como princípios

norteadores do processo licitatório o da legalidade e seleção da proposta mais vantajosa.

Recorda que, em sede de julgamento do Tema Repetitivo n.º 1038, o C. Superior Tribunal de Justiça já consolidou a tese de que os editais de licitação não podem estabelecer o percentual mínimo da taxa administrativa.

Dispõe que, ao limitar a proposta em 0,0% e vedar a oferta de taxa negativa, o órgão licitante viola o princípio da proposta mais vantajosa, vez que a Administração deixa de se beneficiar dos descontos decorrentes da taxa negativa, que importam em significativa economia aos cofres públicos.

Defende que a proposta de taxa administrativa negativa é mais vantajosa, já que acarreta desconto sobre o valor do crédito a ser disponibilizado pela Administração Pública, gerando maior economia, sem redução de qualquer direito dos beneficiários.

Ressalta que o critério de julgamento de “maior desconto” é previsto expressamente na legislação regente das licitações na modalidade Pregão Eletrônico, tal como no artigo 7º do Decreto n.º 10.024/2019.

Argumenta que não há se falar na impossibilidade da oferta de desconto para o presente objeto em virtude da Portaria do Ministério do Trabalho n.º 1.287/2017, porque revogada pela Portaria do Ministério da Economia n.º 213/2019 e anteriormente tornada sem efeito pelo C. Tribunal de Contas da União.

Reporta-se, inclusive, à decisão da C. Corte de Contas da União, cujo teor, a seu ver, interferiu em contratação, exigindo sua rescisão e, dentre outras coisas, a realização de novo certame com possibilidade de adoção de taxas negativas.

Assevera que o conflito de normas aparente entre a Medida Provisória n.º 1.108/2022 e o Decreto n.º 10.854/2021 com relação à Lei n.º 8.666/1993 e demais normativos aplicáveis às licitações encontra solução, na sua visão, no critério da especialidade, eis que a legislação que dispõe sobre contratações públicas prevalece sobre as demais normas gerais.

Sustenta a inconstitucionalidade da Medida Provisória n.º 1.108/2022, por acreditar não ter sido devidamente demonstrado o caráter de urgência e/ou a relevância da matéria, em dissonância com o artigo 62 da Constituição Federal; bem como por entender que seu conteúdo fere os princípios da livre iniciativa e concorrência, previstos no artigo 170, “caput” e

inciso IV, da Carta Maior, ao vedar o direito à livre negociação entre contratante e contratada.

Expõe que o texto constitucional, em seu artigo 173, § 4º, ainda, obsta a eliminação da concorrência.

Ao final, solicita a concessão de medida liminar de suspensão do certame, bem como a correção do edital no ponto impugnado.

É o relatório.

Decido.

Circunscrito ao conteúdo desta Representação, não vislumbro motivos para determinar o processamento do presente feito sob o rito de exame prévio de edital.

As alegações da Representante objetivam, unicamente, que o ato convocatório impugnado permita a apresentação de taxa de administração negativa.

Ocorre que, como constou da análise promovida pela Prefeitura acerca da impugnação que lhe foi apresentada, na via administrativa, pela ora petionária, da qual resultou a manutenção do instrumento convocatório em seus atuais moldes, o Plenário deste Tribunal, em sessão de 06/04/2022, acolhendo voto condutor da lavra do e. Conselheiro Robson Marinho, indeferiu pleito de paralisação de certame destinado ao fornecimento de vale-alimentação sob o entendimento de que a proibição ao oferecimento de taxa de administração negativa, mesmo por entidades não filiadas ao Programa de Alimentação ao Trabalhador – PAT, não acarreta qualquer ilegalidade à licitação.

Nesse sentido, oportuna a transcrição de excertos da referida decisão, aplicável ao caso vertente:

Resolvi, Senhores Conselheiros, diante da existência de tempo hábil até a abertura do certame e do brocardo “quem pode o mais, pode o menos”, submeter a proposta de indeferimento ao Tribunal Pleno por se tratar de matéria que, caso acolhida, modificará o nosso entendimento jurisprudencial.

De fato, recorro que em nossa última reunião – dia 23 de março deste ano -, o Plenário, em acolhimento ao r. voto do Eminentíssimo Conselheiro Renato Martins Costa, aceitou a vedação à taxa negativa, especificamente porque naquela situação a CETESB, beneficiária ativa do PAT (Programa de Alimentação ao Trabalhador), estaria obrigada a atender aos parâmetros insculpidos no Decreto nº 10.854/21, cujo artigo 175 proíbe o recebimento de qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado (TC-5627.989.22-1). Todavia, compreendo que tal raciocínio possa ser estendido, de forma mais ampla, aos demais Entes promovedores dos certames, independentemente da inscrição naquele programa.

Aliás, esta intelecção não é nova, haja vista que conta, há tempos, com a simpatia especial do Eminentíssimo Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues, como retratado nas notas taquigráficas do TC-015950.989.19-4 (Pleno de 31/7/2019), ao indagar se seria razoável a Administração, do ponto de vista ético, ser parceira das empresas oligopolizadas deste setor, da mesma forma que soaria estranhíssimo, agora do ponto de vista moral, que a disputa ocorresse entre grupos fortíssimos e que a Prefeitura ou o Estado abocanhasse uma parte desses rendimentos. Como forma de contribuir a este debate, agrego a este contexto que aparentes “prejuízos” decorrentes da concessão de desconto na taxa de administração, por óbvio, não seriam assumidos pelos prestadores do serviço, mas sim, ao menos em certa medida, repassados aos usuários finais – no caso, os servidores da Câmara.

Em outras palavras, haveria uma “usurpação” da finalidade precípua da prestação, haja vista que os seus destinatários estariam impedidos, na prática, do recebimento de tais benefícios pelos valores reais de mercado.

Veja-se que se a intenção do Decreto nº 10854/21 foi proteger o trabalhador com a vedação, nada mais justificável, até pelo aspecto de isonomia, estendê-la aos demais beneficiários, mesmo que empregados em entidades não filiadas ao PAT.

A propósito, nesta linha foram as palavras pronunciadas pelo Eminentíssimo Conselheiro Renato Martins Costa naquela oportunidade já mencionada, ao pontuar que, “se a regulamentação federal do PAT caminhou por aí, é um reforço enorme na interpretação da inconveniência, em qualquer circunstância, da adoção de taxa zero ou negativa”.

Por estas razões, voto pelo INDEFERIMENTO da medida liminar pleiteada na inicial [...]”.

Desse modo, a mais recente jurisprudência desta Casa compreende que, independentemente de o órgão promotor do certame ser ou não inscrito no Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT, isto é, de ser-lhe aplicável ou não o disposto no artigo 3º, inciso I, da Medida Provisória nº 1.108/2022 e no artigo 175 do Decreto nº 10.854/2021, a vedação à oferta de taxa de administração negativa, tal como ocorre *in casu*, não tem o condão de macular o respectivo ato de convocação, motivo pelo qual não prospera o pleito de suspensão da disputa tecido na inicial.

De outra parte, importa salientar que o presente edital somente veda o oferecimento de taxa de administração negativa, não estipulando outros limites a esse respeito e, portanto, não interferindo, indevidamente, na relação jurídica que será travada entre particulares, em consonância com o decisório exarado nos autos dos TC-002116.989.21-1 e TC-004544.989.21-3, em Sessão Plenária de 03/03/2021, mediante acolhimento de voto de autoria da e. Substituta de Conselheira Sílvia Monteiro.

Não bastasse, não há como se pressupor, por falta de maiores elementos e das limitações da presente via, que a possibilidade de apresentação de taxa de administração negativa seria mais vantajosa para a Administração, sobretudo por não se poder perder de vista que, a despeito da sempre presente necessidade de se preservar o erário, a finalidade principal do objeto levado à disputa é a de “Implementar política de benefício aos servidores públicos municipais, de forma a promover a melhoria da qualidade

de vida dos servidores e seus familiares” (Item 1 do Anexo I – Termo de Referência).

E, como já constou do excerto da decisão reproduzida, em partes, linhas atrás, eventuais compensações derivadas da concessão de desconto na taxa de administração seriam, ao final, suportadas pelos servidores municipais, que, na prática, ficariam impedidos de usufruir dos benefícios almejados com o objeto licitado pelos valores reais de mercado.

Nesse sentido, o panorama desenhado não tem o condão, a meu ver, de justificar a interferência prévia desta Casa na presente licitação.

Ante o exposto, limitado aos lindes da exordial, deixo de adotar medida no sentido de suspensão do certame, determinando o arquivamento dos autos com prévia ciência dessa decisão à representante e à representada.

Esclareço que, por se tratar de procedimento eletrônico, na conformidade da Resolução n.º 01/2011, a íntegra da decisão e da representação e demais documentos poderão ser obtidos, mediante regular cadastramento, no Sistema de Processo Eletrônico – e.TCESP, na página www.tce.sp.gov.br.

Publique-se.

Dê-se ciência ao Ministério Público de Contas.

Ao Cartório, para as providências cabíveis.

G.C., em 27 de abril de 2022.

SAMY WURMAN

Substituto de Conselheiro

GC.CCM-21/

CÓPIA DE DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE POR: SAMY WURMAN. Sistema e-TCESP. Para obter informações sobre assinatura e/ou ver o arquivo original acesse <http://e-processo.tce.sp.gov.br> - link 'Validar documento digital' e informe o código do documento: 3-TDVJ-J7N9-5ZYH-2WHE



EXAME PRÉVIO DE EDITAL
RELATOR CONSELHEIRO SIDNEY ESTANISLAU BERALDO
TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 28-09-2022 – MUNICIPAL
JULGAMENTO

=====
Processo: TC-018930.989.22-3
Representante: Mega Vale Administradora de Cartões e Serviços Ltda.
Representada: Prefeitura Municipal de Roseira
Assunto: Exame prévio do edital do pregão presencial nº 27/22, do tipo menor taxa de administração, que tem por objeto o *“fornecimento de cartão alimentação, incluídos os serviços de administração, gerenciamento, emissão e fornecimento de vale-alimentação, na forma de cartão eletrônico, destinados aos servidores públicos, para aquisição de gêneros alimentícios em estabelecimentos comerciais credenciados”*.
Responsável: Fernando Augusto de Siqueira (Prefeito)
Advogado cadastrado no e-TCE-SP: Rafael Prudente Carvalho Silva (OAB/SP nº 288.403).
=====

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. FORNECIMENTO DE CARTÃO ALIMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE OFERTA DE TAXA NEGATIVA. INDEVIDA REQUISIÇÃO DE PROJETO DE ATIVIDADES NUTRICIONAIS. PROCEDÊNCIA.

1 - RELATÓRIO

1.1 Trata-se do **exame prévio do edital** do pregão presencial nº 27/22, do tipo menor taxa de administração, elaborado pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE ROSEIRA**, cujo objeto é o *“fornecimento de cartão alimentação, incluídos os serviços de administração, gerenciamento, emissão*

e fornecimento de vale-alimentação, na forma de cartão eletrônico, destinados aos servidores públicos, para aquisição de gêneros alimentícios em estabelecimentos comerciais credenciados”.

1.2 Insurgiu-se a **Representante**, contra os seguintes aspectos do instrumento convocatório:

a) Divergência entre as cláusulas editalícias quanto à possibilidade de oferecimento de taxa inferior a zero, eis que “o *Formulário do Anexo II prevê a impossibilidade de apresentação de taxa negativa. Por sua vez, o item 7.5 abaixo, admite que o valor da Taxa de Administração seja maior, igual ou inferior a zero*”, hipótese em desacordo com o que estabelece o Decreto federal 10.854/2021 e a Medida Provisória nº 1.108/2022; e

b) Exigência de apresentação, pela vencedora, de “Projeto de Atividades Nutricionais”, documento que extrapola o rol permitido pelos artigos 28 a 31 da Lei nº 8.666/93¹.

1.3 Presentes indícios de restrição indevida à competitividade, a suspensão do certame foi decretada liminarmente e referendada por este E. Plenário.

1.4 Notificada, a **Representada** deixou transcorrer *in albis* o prazo que lhe fora concedido.

1.5 O **Ministério Público de Contas** manifestou-se pela procedência da representação.

¹ 10.10 - A LICITANTE VENCEDORA deverá apresentar, no mesmo prazo previsto no item 3.5 do Anexo I, Projeto de Atividades Nutricionais – Portaria do PAT: Atendendo ao art.7º, da Portaria n.º 03/2002, referente ao PAT, um programa/projeto de realização de atividades de conscientização e de educação alimentar para os servidores, além de divulgação sobre métodos de vida saudável, seja mediante campanhas, seja por meio de programas de duração continuada.



Aduziu que este Tribunal, em licitações para fornecimento de vale alimentação/refeição, passou a considerar possível a vedação à taxa negativa, independentemente de o órgão estar ou não inscrito no Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT.

Ponderou também que, embora não requisitada na etapa de habilitação, como sustenta a Representante, a exigência de apresentação, pela vencedora, de “Projeto de Atividades Nutricionais” deve ser revista, por impor compromisso genérico, em prejuízo à formulação das propostas.

1.6 No mesmo sentido foi o pronunciamento da **Secretaria-Diretoria Geral**.

É o relatório.

2. VOTO

2.1 Pretende a Prefeitura Municipal de Roseira o *“fornecimento de cartão alimentação, incluídos os serviços de administração, gerenciamento, emissão e fornecimento de vale-alimentação, na forma de cartão eletrônico, destinados aos servidores públicos, para aquisição de gêneros alimentícios em estabelecimentos comerciais credenciados”*.

No entanto, o instrumento convocatório elaborado merece correção, a fim de se amoldar às diretrizes da legislação de regência e à jurisprudência desta Corte.

2.2 Inicialmente, procede a crítica à divergência entre as cláusulas editalícias relacionadas à taxa de administração a ser ofertada pelas licitantes,

devendo prevalecer a regra que estabelece “a impossibilidade de apresentação de taxa negativa”.

Ressalto que este Tribunal de Contas firmou novo entendimento sobre a matéria, a partir da decisão exarada nos autos do processo TC-009245.989.22-3², passando a considerar possível a vedação à taxa negativa.

Nesse contexto, ainda que a Lei nº Lei 14.442, de 02-09-22, resultante da conversão da Medida Provisória nº 1.108/22, que proíbe a oferta de taxa negativa³, refira-se a pagamento de vale-alimentação no âmbito da Consolidação das Leis de Trabalho, a decisão dos referidos autos assim consignou:

“De fato, recordo que em nossa última reunião – dia 23 de março deste ano -, o Plenário, em acolhimento ao r. voto do Eminentíssimo Conselheiro Renato Martins Costa, aceitou a vedação à taxa negativa, especificamente porque naquela situação a CETESB, beneficiária ativa do PAT (Programa de Alimentação do Trabalhador), estaria obrigada a atender aos parâmetros insculpidos no Decreto nº 10.854/21, cujo artigo 175 proíbe o recebimento de qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado(TC-5627.989.22-1).

Todavia, compreendo que tal raciocínio possa ser estendido, de forma mais ampla, aos demais Entes promovedores dos certames, independentemente da inscrição naquele programa.

Aliás, esta inteligência não é nova, haja vista que conta, há tempos, com a simpatia especial do Eminentíssimo Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues, como retratado nas notas taquigráficas do TC-015950.989.19-4 (Pleno de 31/7/2019), ao indagar se seria razoável a Administração, do ponto de vista ético, ser parceira das empresas oligopolizadas deste setor, da mesma forma que soaria estranhíssimo, agora do ponto de vista moral, que a disputa ocorresse entre grupos fortíssimos e que a Prefeitura ou o Estado abocanhasse uma parte desses rendimentos.

Como forma de contribuir a este debate, agrego a este contexto que aparentes “prejuízos” decorrentes da concessão de desconto na taxa de administração, por óbvio, não seriam assumidos pelos prestadores do serviço, mas sim, ao menos em certa medida, repassados aos usuários finais – no caso, os servidores da Câmara.

Em outras palavras, haveria uma “usurpação” da finalidade precípua da prestação, haja vista que os seus destinatários estariam impedidos, na prática, do recebimento de tais benefícios pelos valores reais de mercado.

² Sessão Plenária de 06-04-2022, relator Conselheiro Robson Marinho.

³ 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;

Veja-se que se a intenção do Decreto nº 10854/21 foi proteger o trabalhador com a vedação, nada mais justificável, até pelo aspecto de isonomia, estendê-la aos demais beneficiários, mesmo que empregados em entidades não filiadas ao PAT.

A propósito, nesta linha foram as palavras pronunciadas pelo Eminentíssimo Conselheiro Renato Martins Costa naquela oportunidade já mencionada, ao pontuar que, “se a regulamentação federal do PAT caminhou por aí, é um reforço enorme na interpretação da inconveniência, em qualquer circunstância, da adoção de taxa zero ou negativa”.

Por estas razões, voto pelo INDEFERIMENTO da medida liminar pleiteada na inicial”. (Grifei)

Nesse sentido, com bem mencionado pelo MPC,

... “ainda que servidores, na condição de estatutários, não estejam sujeitos às regras da CLT, há que se reconhecer (...) que a vedação ao oferecimento de taxa de administração negativa possivelmente se reverte em benefício dos usuários dos cartões, e que os atos da Administração não devem se ater ou se balizar por práticas correntes do mercado, mas sim priorizar, antes de tudo, os interesses do povo – posicionado, nas relações ora discutidas, na vulnerável condição tanto de terceiro alheio à avença como de consumidor, que suportará os custos da taxa negativa. Isto porque as empresas prestadoras dos serviços repassam seus custos aos estabelecimentos comerciais que, por sua vez, os refletem nos preços finais dos produtos e serviços, impactando diretamente no poder aquisitivo do servidor”.

2.3 Quanto à exigência de “Projeto de Atividades Nutricionais”, embora tenha sido direcionada apenas à vencedora do certame, ao contrário do que leva a crer a Representante, considero que deva ser excluída do edital. Explico.

Pauta-se a requisição no artigo 7^o da Portaria nº 03/02 do Ministério do Trabalho e Emprego, o qual indistintamente impõe a todos os partícipes do Programa de Alimentação do Trabalhador, sejam eles beneficiários (no caso, a Prefeitura), fornecedoras ou prestadoras de serviços de alimentação coletiva (hipótese em que, por força do artigo 12, inciso II, enquadram-se as empresas do segmento de mercado ora licitado), “promover a realização de atividades

⁴ Art. 7º Todas as empresas participantes do Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT), beneficiárias, fornecedoras ou prestadoras de serviço de alimentação coletiva e respectivas associações de classe, deverão promover a realização de atividades de conscientização e de educação alimentar para os trabalhadores, além de divulgação sobre métodos de vida saudável, seja mediante campanhas, seja por meio de programas de duração continuada.

de conscientização e de educação alimentar para os trabalhadores, além de divulgação sobre métodos de vida saudável, seja mediante campanhas, seja por meio de programas de duração continuada". (Grifei)

Nesse sentido, entendo que não compete à Administração impor o modo como a futura contratada deverá observar a referida norma, já que cabe somente a ela, participante do Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT), decidir como atendê-la.

2.4 Posto isto, circunscrito às questões analisadas, considero **procedentes** as impugnações, determinando que a Administração adote as medidas corretivas necessárias ao cumprimento da lei e desta decisão, especialmente:

a) Sanar a divergência das cláusulas editalícias acerca da taxa de administração, prevalecendo a regra que não permite a apresentação de taxa negativa; e

b) Excluir a exigência de apresentação de "*Projeto de Atividades Nutricionais*".

Deve também promover cuidadosa e ampla revisão de todos os demais itens do ato convocatório, notadamente os relacionados aos tópicos cuja correção foi determinada.

A Administração deve atentar, depois, para a devida republicação do edital, nos termos da lei.

Transitada em julgado a decisão, arquivem-se os autos eletronicamente.

Sala das Sessões, 28 de setembro de 2022.

SIDNEY ESTANISLAU BERALDO

CONSELHEIRO