



Consórcio Intermunicipal de Desenvolvimento
Sustentável da Serra Gaúcha

RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO Nº 03

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 0007/2023

PROCESSO Nº 019/2023

OBJETO: Contratação de empresa especializada na prestação de serviços de fornecimento e gerenciamento de vale-alimentação e respectivas recargas de créditos mensais, através de Cartão Eletrônico com chip de segurança e senha individual, aos empregados do Consórcio Intermunicipal de Desenvolvimento Sustentável da Serra Gaúcha.

I. DAS PRELIMINARES

Trata-se de impugnação interposta pela sociedade empresária EXPERTISE SOLUÇÕES FINANCEIRAS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ nº 07.044.304/0001-08 com sede na Rua Marechal Deodoro, nº 1016, na cidade de Santa Cruz do Sul – RS, com fundamento na Lei Federal 8.666/93 e suas alterações posteriores, contra cláusulas do instrumento convocatório em epígrafe. Impende, pois, analisar seus pressupostos de admissibilidade.

Inicialmente, cabe analisar o preenchimento do requisito de admissibilidade consistente na tempestividade da referida impugnação, ou seja, apreciar se ela foi interposta dentro do prazo estabelecido para tal. Dessa forma, o Decreto Federal nº 10.024/2019, em seu artigo 24, dispõe: “*Art. 24. Qualquer pessoa poderá impugnar os termos do edital do pregão, por meio eletrônico, na forma prevista no edital, até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública*”. Em compasso com o diploma legal, o Edital do certame previu:

5 DAS IMPUGNAÇÕES AO EDITAL

5.1 Decairá do direito de impugnação dos termos deste edital aquele que não se manifestar em até 03 (três) dias úteis da data de abertura da sessão do pregão, apontando as falhas ou irregularidades que o viciaram, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

A empresa encaminhou no dia 27/07/2023 via e-mail, o expediente impugnatório, sendo que a data prevista para abertura da sessão de pregão é o dia 03 de agosto de 2023. Consoante a forma de contagem de prazos estabelecida na regra geral veiculada pelo art. 110 da Lei nº 8.666/93, dessume-se a sua tempestividade.

Quanto aos demais pressupostos de admissibilidade, consistentes no atendimento aos requisitos formais (elemento forma) estabelecidos pelo Edital, nota-se que também restaram cumpridos, eis que a impugnação foi encaminhada ao endereço eletrônico “administrativo@cisga.com.br”, acompanhada de suas razões, na esteira do exigido pela cláusula 5.2.

Por fim, quanto ao último dos pressupostos, representado pela legitimidade, entende-se que a sociedade empresária é parte legítima, por interpretação do art. 24 Decreto Federal nº 10.024/2019.

Conclui-se que, com base nos requisitos legais pertinentes, o pedido de impugnação de Edital apresentado por Expertise Soluções Financeiras Ltda não possui vícios formais prejudiciais à sua admissibilidade. Passemos, pois, ao seu mérito.

II. DAS RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO E DOS PEDIDOS

A fim de fundamentar sua impugnação, a licitante alega que os seguintes itens do edital, por ela colecionados, merecem retificação:

“Item 2.1 do Edital- A presente licitação tem como objeto a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de fornecimento e gerenciamento de vale alimentação e respectivas recargas de créditos mensais, através de Cartão Eletrônico com chip de segurança e senha individual, aos empregados do Consórcio Intermunicipal de Desenvolvimento Sustentável da Serra Gaúcha, de acordo com o especificado no Termo de Referência, anexo I deste edital.”

“Item 10.2 do Edital- Serão aceitas taxas percentuais, contendo até 02 (dois) dígitos após a vírgula, positivas, nulas (zero por cento), ou ainda, negativas.”

“Item 4.10 do Termo de Referência - A contratada deverá possuir convênio para pagamento em site (página da internet) ou app em no mínimo uma das empresas de aplicativos de entrega de gêneros alimentícios in natura (delivery), tais como: Ifood, Delivery Much ou Uber Eats.”

“Item 4.16 do Termo de Referência- A contratada deverá apresentar como condição para assinatura do contrato (sob pena de desclassificação), sem prejuízo das sanções, ferramenta eletrônica (sistema) de gerenciamento eletrônico acessível para gestão do benefício através de conexão web e por meio de APLICATIVO MOBILE - SMARTPHONE”, no mínimo para os sistemas Android e IOS (todas as versões), que possibilite autogestão dos cartões individuais dos usuários com as seguintes funcionalidades mínimas tanto via página da gerenciadora na internet como via aplicativo: consulta de saldo e extrato do cartão eletrônico com chip de segurança; consulta de rede credenciada/afiliada próxima do usuário por



Consórcio Intermunicipal de Desenvolvimento
Sustentável da Serra Gaúcha

acionamento de GPS, contendo formas de contato com o estabelecimento; possibilidade de pagamentos em sites/APP de delivery; modo de comunicação e bloqueio em caso de perda, roubo, extravio ou dano; solicitação de segunda via de cartão eletrônico com chip de segurança; solicitação de troca de senha.”

A impugnante argumenta que o que a motiva a impugnar a licitação é garantir a competição e a universalidade do certame, pois deve a Administração Pública prezar pelo interesse público acima do privado, razão por que se deve garantir que sejam respeitados os princípios da legalidade, publicidade, e da vinculação ao instrumento convocatório sendo que as cláusulas elencadas estariam frustrando e restringindo o caráter competitivo do certame.

Alega que o artigo 3º da Lei 14.442/2022 proíbe “*exigir ou receber qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos das empresas fornecedoras e nem outras verbas e benefícios diretos ou indiretos de qualquer natureza não vinculados diretamente a saúde e segurança alimentar do empregado, no âmbito de contratos firmados com empresas emissoras de instrumentos de pagamento auxílio alimentação*”, sendo que, segundo a mesma, “*a partir de 02 de setembro de 2022, por empresas agenciadoras e órgão público/empresas privadas, não poderá existir mais as taxas de administração negativas nem tão pouco cessão onerosa, e passará adotar a modalidade pré-pago para estes novos instrumentos*” e que, sendo assim, “*o entendimento do Consórcio para este caso não está correto, em aceitar taxa negativa*”.

Acrescenta que “o presente edital ao especificar em seu objeto a exigência de ‘cartão eletrônico com chip’, fere o princípio da competitividade, haja vista que restringe a participação da maioria das empresas fornecedoras do produto.” Segundo a empresa Expertise Soluções Financeiras “*não há motivo para postular somente um tipo de tecnologia, visto que a Administração deve sempre zelar pelo cumprimento da lei, bem como pela ampla competitividade, a fim de obter maior número de participantes para então escolher a melhor proposta que melhor lhe atenda*”. Argumenta ainda que restringe a participação de diversos concorrentes que teriam condições de executar o objeto licitado, mas que não dispõem dessa “*nova tecnologia*”.

Segundo a impugnante, a exigência de que a empresa contratada deverá possuir convênio para pagamento em site (página da internet) ou app em, no mínimo, uma das empresas de aplicativos de entrega de gêneros alimentícios in natura (delivery), tais como: Ifood, Delivery Much ou Uber Eats, e que possibilite pagamentos em sites/APP de delivery inviabiliza “*a estrutura do certame, ao estabelecer tais condições, que tolhem o direito de participação da ampla maioria das empresas potencialmente interessadas e, por isso mesmo, violam os princípios da legalidade, segurança jurídica, e ampliação da disputa, causando literal prejuízo ao interesse da coletividade, razão pela*

qual é manejada a presente impugnação”. Tal cláusula, segundo a requerente, “estaria direcionando o certame a somente empresas específicas que dominam o mercado”.

Por fim, requer a peticionante que:

- no item 2.1 do Edital - seja excluída a exigência de o cartão ser exclusivamente com “chip”, que seja alterado o objeto, com nova redação na qual se possibilite cartão com tarja magnética ou chip;
- no item 10.2 do Edital - seja excluída a permissão de desconto de menor taxa negativa, tendo em vista que a Lei 14442/2022 em seu artigo 3º parágrafo III não o admite, passando a proposta ser taxa 0,00% (zero por cento)
- nos itens 4.10 e 4.16 do Termo de Referência- sejam excluídas as exigências que versam sobre possuir convênio para pagamento em site (página da internet) ou app em no mínimo umas das empresas de entrega de gêneros alimentícios in natura (delivery), tais como: Ifood, Delivery Much ou Uber Eats;
- em sendo dado provimento à impugnação, seja respeitado o disposto no artigo 21, § 4º da Lei Federal 8.666/93 (aplicação subsidiária).

III. DA ANÁLISE DA IMPUGNAÇÃO

1. Convênio para pagamento em site (página da internet) ou app em no mínimo umas das empresas de entrega de gêneros alimentícios in natura (delivery), tais como: Ifood, Delivery Much ou Uber Eats

O Termo de Referência, anexo ao edital de Pregão Eletrônico nº 0007-2023 CISGA, em seu item 4.10, determina que “a contratada deverá possuir convênio para pagamento em site (página da internet) ou app em no mínimo uma das empresas de aplicativos de entrega de gêneros alimentícios in natura (delivery), tais como: Ifood, Delivery Much ou Uber Eats”. A exigência deriva do Estudo Técnico Preliminar, no qual foi reputado imprescindível garantir aos empregados públicos do CISGA essa conveniência, pela característica da prestação de serviço discriminada. A utilização de aplicativos para serviço de recebimento de itens em domicílio foi ampliada e introjetada no cotidiano das famílias brasileiras, principalmente, após a Pandemia da COVID, período em que a necessidade de afastamento social corroborou para a ampliação e popularização do uso de ferramentas tecnológicas de entrega quando da realização de compras online. É importante salientar, nessa senda, que o CISGA está em



Consórcio Intermunicipal de Desenvolvimento
Sustentável da Serra Gaúcha

processo de adoção da opção do regime de teletrabalho parcial e total, paralelamente ao trabalho presencial. Portanto, em muitas oportunidades, as atividades laborais serão desenvolvidas sem a necessidade de deslocamento do trabalhador até a sede do consórcio, sendo que as plataformas de delivery serão meios de acesso à alimentação sem o dispêndio dos custos de deslocamento, trazendo economia financeira e de tempo para os envolvidos. Configura-se, portanto, a opção por pagamento em site (página da internet) ou app de empresa de aplicativo uma necessidade real da população em geral, e, logicamente, também dos empregados públicos do CISGA, além, por óbvio, de evidenciar comportamento de compra natural na sociedade atual, não podendo ser, de maneira alguma, caracterizada como cláusula desnecessária.

Ademais, deve-se ter em conta que a jornada diária de trabalho desta autarquia interfederativa, conforme determinado pelo art. 1º do seu Regimento Oficial, corresponde ao expediente de segunda a sexta-feira, das 8h às 12h e das 13h00min às 17h00min. Nota-se, portanto, que os empregados públicos que nela laboram dispõem tão-somente de (1) uma hora para almoçar. Considerando que nem todos possuem veículo próprio, e que as distâncias aos locais de refeição nem sempre são tão diminutas, é inegável que a opção delivery, com a possibilidade de pagamento virtual em suas plataformas, oferecerá ao usuário mais conveniência e conforto, com redução do tempo de espera e rapidez na entrega dos produtos alimentícios, visto que o pagamento poderá ser realizado através do próprio aplicativo de delivery ou página de internet sem a necessidade do emprego do cartão. Tais benefícios reverterão, muitas vezes, em mais tempo disponível para dedicação ao trabalho, e, conseqüentemente, maior produtividade, o que vai ao encontro do princípio da eficiência da administração pública, cuja sede é a Carta Maior (art. 37, *caput*).

Trata-se, inclusive, de demanda largamente aposta aos editais de certames de idêntico objeto Brasil afora. E isso não é o CISGA que afirma, e sim o TCU, no item 13 da Instrução sobre o processo 012.827/2021-5:

13. Ademais, a inclusão dessa exigência já é comum também na administração pública, posto que a própria representante cita, em sua peça, sete editais recentes que contêm a exigência, somente no estado de São Paulo. Em rápida pesquisa na internet é possível encontrar outros, em todo o país, como o Pregão 4/2020 da Terracap ou o 2/2020 do Conselho Federal de Corretores de Imóveis - Cofeci. Ressalte-se que não foram encontradas na jurisprudência desse TCU decisões condenando a referida exigência.



Consórcio Intermunicipal de Desenvolvimento
Sustentável da Serra Gaúcha

De ressaltar, ainda, que o estabelecimento de requisitos mínimos na descrição do objeto a ser contratado pela Administração não necessariamente representa vulneração a princípios licitatórios, como quer fazer crer a impugnante e, quando efetivado dentro das molduras impostas pela Constituição Federal e pela legislação, correspondendo às reais necessidades do ente, nada mais faz do que atender ao interesse público primário objetivado por aquela. Nesse sentido, cabe trazer à baila excerto de lavra do Tribunal de Contas da União, constantes do Roteiro de Auditoria de Obras Públicas (SEGECEX / SECOB-1 – Dezembro/2012):

306. Por um lado, não há dúvidas quanto à conveniência de a Administração impor requisitos mínimos para melhor selecionar dentre os possíveis interessados em contratar com ela. Ainda que seja impossível à Administração evitar de todo o risco de o contratado vir a se revelar tecnicamente incapaz de executar a prestação devida, o estabelecimento de certas exigências mitiga esse risco. Com efeito, esse procedimento administrativo, quando adotado dentro do princípio da razoabilidade, encontra amparo no ordenamento jurídico e não configura restrição indevida ao caráter competitivo do certame licitatório.

Neste sentido é o enunciado de Decisão 351, do Tribunal de Contas da União, que assim se posicionou: “A proibição de cláusulas ou condições restritivas do caráter competitivo da licitação não constitui óbice a que a Administração estabeleça os requisitos mínimos para participação no certame considerados necessários à garantia da execução do contrato, à segurança e perfeição da obra ou do serviço, à regularidade do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público (fundamentação legal, art. 3º, § 1º, inciso I, Lei 8.666/93)”. Trata-se, em última análise, de exercício de poder estatuído em norma de competência discricionária, o qual, se estiver de acordo ao princípio da legalidade em sentido amplo, nada tem de viciado ou irregular. Trazemos, destarte, o seguinte precedente do TCU:

Acórdão 2547/2007 TCU Plenário

"REPRESENTAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NO FORNECIMENTO DE VALES REFEIÇÃO E ALIMENTAÇÃO PROCEDÊNCIA PARCIAL. ALTERAÇÃO DE EDITAL JÁ PROVIDENCIADA PELA EMBRAPA. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR. CIÊNCIA. ARQUIVAMENTO.

1. Não se concede medida cautelar quando inexistentes os pressupostos necessários à sua adoção.

2. estabelecimento, em edital de licitação, de exigências inerentes ao serviço a ser prestado insere-se no campo do poder discricionário do gestor."

Evidenciou-se acima, pois, a imprescindibilidade da fixação do requisito mínimo da prestação de serviço ora impugnado justamente à luz da satisfação do interesse público dos colaboradores do Consórcio Público, circunstância que torna a demanda legítima e de acordo aos princípios licitatórios.

Por essas veredas, não se pode falar em violação ao princípio da competitividade. Atentemos ao inciso I do parágrafo 1º do artigo 3º da Lei 8666/1993, citado pela impugnante, que diz que é vedado *"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"*. Vejamos, agora, o caput do artigo 3º da Lei 8666/1993, também mencionado por ela, segundo o qual 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"*. Convém salientar, assim, que a aplicação de nenhum dos princípios legalmente previstos pode fazer com que um se sobreponha a outro, ou reduza demasiadamente sua carga eficaz. Como reconhece o TCU, *"o caráter competitivo, que deriva do princípio da isonomia, não pode sobrepor-se ao interesse da administração pública, neste caso decorrente da seleção da proposta mais vantajosa para a administração e até mesmo para a sociedade como um todo, como no presente caso"* (Instrução sobre o processo 012.827/2021-5).

Por semelhante norte, encontra-se o magistério de Renato Geraldo Mendes, que exatamente assim comenta o dispositivo legal em tela (Lei de Licitações e Contratos Anotada, 8ª Edição, Zênite Editora, p. 63):

É preciso ter clareza de que toda exigência é potencialmente restritiva e se tornará concreta em relação a cada interessado que não puder atendê-la. O fato de uma condição ser restritiva não significa que ela seja ilegal. O que torna uma condição exigida na descrição do objeto ilegal não é o fato de que ela restringe a participação, mas a inexistência de fundamento de validade entre o que se exige e a necessidade que se quer satisfazer, isto é, deve haver nexos causal entre as duas coisas.

Transpondo o ensinamento ao caso concreto, é patente a existência de fundamento de validade entre a exigência esgrimida e a necessidade que o Consórcio visa a satisfazer, sendo evidente o nexo causal.

Nesse sentido, há diversos precedentes favoráveis à inserção da exigência nas diversas Cortes de Contas do país. Seguem, por exemplo, arestos do Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo no tocante à requisição de aplicativo, infirmando a conclusão de qualquer mácula que ela possa causar ao princípio da competitividade, e denotando que já é ponto pacificado nas Cortes de Contas que há uma série de sociedades empresárias aptas a adimplir com a demanda, o que faz terra arrasada sobre o argumento da restrição do caráter competitivo. Vejamos os precedentes, os quais denotam sua ampla aceitação pela jurisprudência:

“De igual sorte, nota-se que muitas empresas administradoras de vale alimentação e/ou refeição dispõem de aplicativos para controle do benefício pelo usuário – inclusive a própria representante.

(...)

Das oito empresas acima indicadas, apenas duas não oferecem a possibilidade de utilização do vale alimentação e/ou refeição em nenhum aplicativo de entrega. (...)

Uma leitura atenta do item acima revela que:

(b) a obrigação em comento é alternativa, como o indica a conjunção “ou” – possibilidade de “pagamento em site (página na internet) ou por aplicativo”; e

(c) no caso de pagamento por aplicativo, a contratada deve oferecer aos usuários a possibilidade de utilização do vale alimentação e/ou refeição em “no mínimo” um deles.

Não parece que as exigências acima tratadas possam de fato ameaçar a participação de considerável número de empresas da presente licitação. (...) As informações obtidas por esta autoridade julgadora, que estão mais acima condensadas, indicam que o mercado de vale alimentação e/ou refeição encontra-se em condições de atender ao comando do edital.

As empresas do setor de vale alimentação e/ou refeição iniciaram suas operações junto às plataformas de delivery ao menos desde o mês de abril de 2020 <https://olhardigital.com.br/2020/04/23/coronavirus/foodagora-permite-pagamento-com-vale-refeicao-e-alimentacao-no-app/>. (...) mostra que houve tempo mais do que suficiente para que a representante envidasse esforços para oferecer essa funcionalidade a seus usuários” (TC-00001661.989.21-0)



Consórcio Intermunicipal de Desenvolvimento
Sustentável da Serra Gaúcha

“No tocante à Representação da empresa Mega Vale Administradora de Cartões e Serviços Ltda., verifico que em certames da espécie, disposições editalícias que permitem aos usuários a consulta à rede credenciada de estabelecimentos que possuam a opção delivery e a plataformas específicas de delivery, como no caso específico, assim como a requisição de convênio para pagamento, via aplicativo ou portal na internet, com, pelo menos, uma empresa fornecedora de plataforma de entrega de refeições prontas (delivery), contam com a tolerância deste Corte de Contas. Isto porque, tais regras representam uma atualização dos serviços contratados, visando sua melhoria, sobretudo tendo em conta o aumento significativo do teletrabalho, adotado em larga escala na época da Pandemia de COVID-19, que vem sendo mantido também no momento atual, beneficiando os usuários finais do vale refeição que será contratado.

Nesse sentido, confira-se trecho de interesse do didático voto proferido pelo e. Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo, no processo n.º TC- 002144.989.21-7, em Sessão Plenária de 10/03/2021:

2.6 Além disso, considero não caber censura à requisição de que a licitante possua convênio para pagamento on-line com, no mínimo, uma das empresas de aplicativos de serviços de entrega de refeições prontas (delivery), tendo em conta que o avanço nas formas de comércio e, via de consequência, de pagamentos, é uma constante, mormente na atualidade em que o uso de novas formas de interação se fez necessária para que as atividades sejam mantidas diante da Covid-19.

Outrora questionava-se o uso do cartão em detrimento do papel na concessão do benefício, depois a utilização de chip como garantia de segurança, agora os cartões “por aproximação” e o uso por aplicativos. É certo que o avanço tecnológico é uma tendência, cabendo a esta Corte obstar requisições da espécie apenas se demonstrado inequívoco prejuízo à competitividade e à obtenção da melhor proposta, o que, no caso, não ocorreu, já que a Representante se absteve de trazer comprovações sobre suas alegações. (TC- 012746.989.22-7)

“Não é ilegal ou restritiva a exigência de que a futura contratada possua convênio para pagamento em site (página na internet) ou apps de empresa de aplicativo de entrega” (TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-007740.989.22-3 (Ref. TC-001385.989.22-3), Sessão: 27/04/2022).

“É certo que o avanço tecnológico é uma tendência, cabendo a esta Corte obstar requisições da espécie apenas se demonstrado inequívoco prejuízo à competitividade e à obtenção da melhor proposta, o que, no caso, não ocorreu, já

que a Representante se absteve de trazer comprovações sobre suas alegações” (TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-002144.989.21-7, Sessão: 10/03/21).

“No entanto, este Plenário admite a referência a plataformas específicas quando o edital o faz apenas de forma exemplificativa, como constatado, por exemplo, nos autos dos processos TC-017603.989.22- 94 e TC7740.989.22-35, este último nos seguintes termos” (TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-019040.989.22-0, Sessão: 05/10/2022)

“Como observado pelo Ministério Público de Contas, essa questão é similar àquela julgada improcedente no processo TC7740.989.22-3: “[...] não restando demonstrado o direcionamento do objeto na forma defendida pela recorrente, mesmo porque as referências constantes no item 3.1.310 [‘A Contratada deverá possuir convênio para pagamento em site (página na internet) ou apps em no mínimo umas das empresas de aplicativos de entrega de refeições prontas (delivery) existentes no mercado, tais como: IFood, Rappi ou Uber Eats’] foram citadas de modo exemplificativo, não afastando outras plataformas ou aplicativos.” (TC-7740.989.22-3. E. Plenário, em sessão de 27/4/2022. Relator Conselheiro-Substituto Samy Wurman)” (TCE-SP, Tribunal Pleno, TC-017603.989.22-9, Sessão: 31/08/2022).

“Razoável também a requisição de ao menos 01 (uma) empresa especializada em serviços de entrega de refeições produzidas por terceiros (“aplicativos de delivery”), na esteira do incremento dessa modalidade em tempos de pandemia e dos correspondentes precedentes da Corte, oportunamente destacados nos autos.”(autos do TC-026949.989.20-6).

“Ao contrário do que foi alegado na exordial – sem elementos probatórios, deve-se enfatizar -, verifica-se que o mercado de aplicativos de entrega e de vale alimentação e/ou refeição encontra-se em franca aproximação, como se verá mais abaixo. De igual sorte, nota-se que muitas empresas administradoras de vale alimentação e/ou refeição dispõem de aplicativos para controle do benefício pelo usuário – inclusive a própria representante. Confirma-se: Alelo: iFood, Uber Eats, Rappi, Shopper, Liv Up, Clube Extra. Dispõe de aplicativo para controle do benefício pelo usuário. VR: iFood, Rappi, Shopper, Liv Up. Dispõe de aplicativo para controle do benefício pelo usuário. Sodexo: iFood, Rappi, Liv Up, Clube Extra. Dispõe de aplicativo para controle do benefício pelo usuário. Ticket



Consórcio Intermunicipal de Desenvolvimento
Sustentável da Serra Gaúcha

Restaurante e Alimentação: iFood, Uber Eats, Rappi (rede credenciada), Liv Up, Clube Extra. Dispõe de aplicativo para controle do benefício pelo usuário. Bem Refeição: iFood, Liv Up. Não dispõe de aplicativo para controle de benefício pelo usuário. iFood Refeição e Alimentação: iFood. Dispõe de aplicativo para controle do benefício pelo usuário. UP (Planvale e Policard): Nenhum aplicativo de entrega. Dispõe de aplicativo para controle do benefício pelo usuário. Verocard: Nenhum aplicativo de entrega. Dispõe de aplicativo para controle do benefício pelo usuário. Das oito empresas acima indicadas, apenas duas não oferecem a possibilidade de utilização do vale alimentação e/ou refeição em nenhum aplicativo de entrega.” (autos do Processo nº 00001661.989.21-0)

Cabe destacar que a menção às “plataformas” na redação da previsão editalícia, antecedida pela expressão “tais como”, possui um caráter meramente exemplificativo, uma vez que, para a contratação, será permitido convênio com qualquer outro aplicativo similar. Atualmente, o mercado oferece inúmeros aplicativos que permitem tanto a entrega de refeições prontas como a de compras em supermercados, cabendo destacar que até mesmo redes de supermercados desenvolvem apps próprios.

A impugnante cita que empresas específicas do ramo que possuem convênio com as plataformas de entrega e que tal fato restringiria a participação das não conveniadas. Pesquisando sobre o tema, foi possível localizar a possibilidade de pagamento de Vale-Refeição ou alimentação em, ao menos, 5 (cinco) aplicativos, sendo que, em um deles, é permitido o pagamento com 6 (seis) bandeiras de vale-refeição e 4 (quatro) de vale-alimentação, restando evidente que não há fundamento para se cogitar o direcionamento do edital para uma ou duas administradoras de vale-alimentação.

Do mesmo modo, diante do todo o argumentado, não se encontra qualquer violação aos princípios da igualdade e da seleção da proposta mais vantajosa, previstos no caput do art. 3º da Lei Federal nº 8.666/93, ao contrário do alegado pela petionante.

Urge evidenciar que não houve imposição de um número mínimo de estabelecimentos comerciais conveniados à(s) plataforma(s) de aplicativo de entrega, tendo ocorrido a apenas demanda de que o convênio entre a administradora de vale-alimentação e a plataforma exista. Assim sendo, não está o edital e o Termo de Referência do CISGA exigindo um sem-número de estabelecimentos credenciados à(s) plataforma(s). Não há que se falar em compromisso de terceiros alheios à disputa, pois a solicitação gira em torno de haver a disponibilidade da forma de pagamento pelo aplicativo ou site, sendo certo que o quantitativo de credenciamentos já existentes da Licitante vencedora será considerado como um todo, independentemente de ser ou não vinculado ao aplicativo, pois é facultativo os seus credenciados estarem ou não vinculados à plataforma.

Outrossim, cabe destacar, “ad argumentandum”, que nem se poderia cogitar, em momento algum, que o edital vincularia a participação de licitante, seja em verificação de habilitação, seja em verificação de proposta, à declaração ou compromisso que deva ser exarado por terceiro alheio à disputa – no caso, a plataforma de delivery, o que seria vedado pela Súmula nº 15 TCE/SP. Tal conclusão é lúdica se verificarmos os comentários de Ivan Barbosa Rigolin às súmulas de jurisprudência sobre licitação, do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo¹, no que tange àquela em epígrafe:

“Absolutamente correto e oportuno se revela este texto, porque nada na lei de licitações autoriza - como dificilmente se imagina que poderia autorizar - que o edital da licitação exija que o licitante ofereça proposta ou documentação habilitatória com condão de comprometer algum terceiro no certame, ou seja obrigar pessoa estranha à competição junto à Administração licitadora.

Não se concebe que um negócio entre a e b possa comprometer c sem a sua expressa anuência e sem que a regra do jogo o preveja, porque isso contraria a própria teoria geral do direito nos seus elementos mais essenciais, na medida em que ninguém se vincula a negócio algum, público ou privado, se não voluntariamente ingressar nessa relação.

A súmula por seguro se originou do exame de alguns editais que exigiam do licitante que estabelecesse aquela triangulação sem a prévia adesão do terceiro, o que desde logo deve ter chamado a atenção pela clamorosa antijuridicidade – até porque um terceiro, distante das questões de habilitação e das propostas dos licitantes, dificilmente tem acesso aos negócios públicos licitados.

Uma derradeira e subjacente lição se pode ocasionalmente extrair da súmula, a de que o edital não pode permitir que algum licitante vise esquivar-se de assumir algum compromisso no certame, e com isso algum risco, repassando-o a terceiro.”

¹ Disponível em:

<http://www.acopesp.org.br/admin/assets/arquivos/cb5981c29b3b4e7354fbc92ccc44ccde.pdf>, acesso em 30.07.2023.



Consórcio Intermunicipal de Desenvolvimento
Sustentável da Serra Gaúcha

Portanto, não assiste razão à impugnante, por compreender que as normas do Termo de Referências estão em harmonia com a realidade da sociedade, com os princípios licitatórios e com as jurisprudências dos Tribunais de Contas, não sendo pertinente a alteração solicitada.

Este consórcio entende que não há justificativa para se estagnar os avanços tecnológicos e criar regras incompatíveis com o cenário contemporâneo da nossa sociedade simplesmente apenas porque a licitante interessada em participar do pregão não demonstra interesse em se conveniar a nenhum aplicativo de entrega e, desta maneira, avançar junto com a tecnologia. Pelo contrário, tal exigência para a contratação se apresenta como a mais vantajosa para a administração pública, porque afasta o risco de contratar um serviço obsoleto e desconfortável aos beneficiários.

Neste sentido, o Tribunal de Contas da União (TCU) O Tribunal de Contas da União – TCU, no Julgamento do TC nº 012.827/2021-5 – Acórdão nº 1020/2021 – Plenário – recentemente enfrentou a questão quando apreciou representação contra os termos do edital do Conselho Regional de Química da 4ª Região, nos seguintes termos:

(...)

10. A despeito da sucintez da justificativa posta, sua razoabilidade parece existir, tendo em vista o momento de pandemia causada pelo coronavírus (Covid-19) que estamos atravessando há mais de um ano e a consequente necessidade de se reduzir as interações sociais, como é sabido por todos. Além disso, a prática de entrega de refeições prontas e produtos alimentícios (delivery) já era comum na nossa vida cotidiana mesmo antes da pandemia, e foi ampliada após o advento da doença, cabendo às empresas que prestam serviços de fornecimento de vale refeição e vale

alimentação buscar atender às necessidades de seus usuários.

11. A empresa (omissis) entrou com pedido de impugnação ao edital (peça 19), questionando o mesmo ponto aqui tratado nesta representação. A Unidade Jurisdicionada, ao julgar a impugnação (peça 20, p. 3-4), transcreveu o trecho do Estudo Técnico Preliminar referente à justificativa para a exigência questionada, que é exatamente a mesma constante do item 9 acima.

(...)

13. Ademais, a inclusão dessa exigência já é comum também na administração pública, posto que a própria representante cita, em



Consórcio Intermunicipal de Desenvolvimento
Sustentável da Serra Gaúcha

sua peça, sete editais recentes que contêm a exigência, somente no estado de São Paulo. Em rápida pesquisa na internet é possível encontrar outros, em todo o país, como o Pregão 4/2020 da Terracap ou o 2/2020 do Conselho Federal de Corretores de Imóveis - Cofeci. Ressalte-se que não foram encontradas na jurisprudência desse TCU decisões condenando a referida exigência.

(...)

18. Portanto, tal exigência só seria ilegal se não fosse justificável tecnicamente, o que não se verifica no caso em questão. Além disso, conforme já informado nesta instrução, ao menos seis empresas participaram de disputas com a exigência questionada que, inclusive, será exigida apenas para a contratação e não como critério de habilitação. Dessa forma, entendemos pela improcedência da representação. (grifo nosso)

19. Feitas essas considerações, propõe-se indeferir o pedido de medida cautelar, uma vez ausente o pressuposto da plausibilidade jurídica, essencial para sua concessão.

(...)

Em derradeiro quanto a esse ponto de sua petição, a sociedade empresária Expertise Soluções Financeiras Ltda alega que a exigência de a contratada possuir convênio para pagamento em site ou app é desnecessária, que caracteriza afronta à legalidade e a competitividade e o direcionamento do certame para a participação de “*somente empresas específicas que dominam o mercado*”, sem que em, ao menos, um parágrafo de sua peça seja relatada a razão pela qual a impugnante estaria impedida de se conveniar às plataformas ou sites de delivery, de modo que não cabe ao CISGA ou a qualquer contratante se adequar à realidade da fornecedora, e sim, a fornecedora atender às exigências do mercado atual que, por conseguinte, se convertem em necessidades dos contratantes.

2. Contratação de empresa especializada na prestação de serviços de fornecimento e gerenciamento de vale-alimentação e respectivas recargas de créditos mensais, através de Cartão Eletrônico com chip de segurança e senha individual, aos empregados do Consórcio Intermunicipal de Desenvolvimento Sustentável da Serra Gaúcha



Consórcio Intermunicipal de Desenvolvimento
Sustentável da Serra Gaúcha

A impugnante mostra estar inconformada com a exigência de que o cartão-alimentação da administradora a ser contratada seja do tipo eletrônico com chip de segurança. Ocorre que o CISGA, ao solicitar que o cartão fosse entregue desta forma, levou em conta questões técnicas de limitações que os cartões de banda magnética apresentam, tais como: falta de segurança na armazenagem dos dados do proprietário do cartão; inexistência de proteção criptográfica; capacidade de memória limitada; fácil reprodução e clonagem das trilhas e dos correspondentes dados dos usuários. Por sua vez, os cartões que utilizam chip têm capacidade de armazenar dados de forma segura (criptografados), sendo muito mais difícil a duplicação de informações, por fraudadores, quando é utilizado um cartão com essa tecnologia.

Sobre o argumento de a exigência configurar restrição ao caráter competitivo do certame, impende trazer à baila o arrazoado elaborado pela equipe técnica do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, expressamente adotado pelo voto condutor do aresto, quando do julgamento da Representação nº 15/00040107, de relatoria do Auditor Gerson dos Santos Sicca, lavrado em 28 de julho de 2015, o qual faz expressa referência a precedente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo do ano de 2013, o qual consignava posição que viria a se tornar preponderante naquele Tribunal. “*In verbis*”:

A cláusula debatida, constante do Anexo I – Termo de Referência, reza que a prestação de serviços de gerenciamento, implementação e administração de crédito/auxílio alimentação se dará por meio de cartão de alimentação com chip de segurança, que tenciona evitar clonagens ou fraudes aos empregados da Contratante, a fim de que possam adquirir gêneros alimentícios "in natura" através de uma rede de estabelecimentos.

2.3. Verifica-se, em princípio, que a requisição vestibular questionada encontra-se pautada no âmbito do exercício do poder discricionário da Administração Pública, porquanto caberá ao órgão licitante dimensionar as prescrições editalícias que deverão ser satisfeitas para que a licitante possa executar o objeto adequadamente.

Nesta conformidade, constata-se que aludida exigência, diante do escopo do objeto licitado, não está fornecendo indícios suficientes de afronta à lei de regência, na medida em que a utilização de chip de segurança é usualmente adotada no mercado, em face das vantagens conferidas aos usuários nas transações eletrônicas, como maior rapidez, e combate à fraude e à clonagem.

Ademais, em todas as vertentes utilizadas para a prestação de serviços com cartões, quer por chip, quanto por tarja magnética, corre-se o risco de sua violabilidade, não sendo prerrogativa maior ou menor de um tipo de cartão. Deste modo, tal argumento não pode servir para que esta Corte intervenha com o fim de obstaculizar o prosseguimento da licitação.

Dessa forma, passa-se a expor o posicionamento desta Instrução que filia-se ao entendimento proferido pelo Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho no processo TC 1266/989/13.

Isto porque, como asseverou o E. Conselheiro, a exigência de cartão com chip se insere no poder discricionário do administrador quanto às especificações do objeto a serem satisfeitas para a contratação e não afronta a lei de licitações porque este tipo de cartão é usualmente adotado no mercado, havendo diversos fornecedores em condições de participar do processo.

É preciso deixar claro que o que o art. 3º da Lei nº 8.666/93 veda é a exigência de cláusulas ou especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição, daí porque é necessário verificar a razoabilidade das exigências impostas.

(...).

No caso dos autos, em sentido contrário à alegação do representante, de que apenas uma empresa teria condições de participar da licitação, em breve pesquisa na internet verifica-se que a exigência de cartão com chip não direciona o certame, pois existem fornecedores, tais como as empresas Sodexo, Alelo e VR Alimentação, capazes de atender o edital neste ponto.

Do mesmo modo, entende-se que a condicionante não é desarrazoada ou desproporcional, tendo em vista que a tecnologia exigida dos licitantes tem como finalidade ampliar a segurança das transações e dificultar a clonagem dos cartões, seguindo o procedimento utilizado com sucesso por bancos e operadoras de cartões de crédito.

Em adição, comprovando que a posição acima ventilada viria a se tornar prevalente na Corte de Contas paulista, temos o seguinte precedente do ano de 2022, no qual o que se debate já é a possibilidade ou não de se exigir a tecnologia 'Near Field Communication' (NFC) nos cartões de auxílio-alimentação, ficando evidente, inclusive com expressa referência do acórdão, que a discussão



Consórcio Intermunicipal de Desenvolvimento
Sustentável da Serra Gaúcha

sobre a legalidade de cláusula portando a exigência do 'chip' está obsoleta, vetusta, pois amplamente admitida². Vejamos:

“A sigla NFC advém da tecnologia Near Field Communication que, em tradução livre, significa “comunicação por campo próximo”, sendo uma tecnologia de comunicação sem fio que possibilita que dois dispositivos eletrônicos que se encontrem bem próximos, se comuniquem sem haver necessidade de prévia configuração. Esta tecnologia encontra-se já disseminada em diversos smartphones e smartwatch's, sendo o pagamento móvel o uso mais popular que se faz com a utilização da tecnologia NFC. Tecnologias que possibilitam transações e operações sem contato, como NFC e QR Code constituem ferramentas muito valorizadas na atualidade pelas empresas e, segundo estudo realizado pela VISA em 2021 60% dos brasileiros não comprariam em uma loja que não oferecesse a opção de pagamento sem contato. Neste sentido, a tecnologia contactless e, sobretudo, a NFC veio para ficar, sendo apenas uma questão de tempo a ampla disseminação de seu uso nos mais variados tipos de dispositivos. No entanto, no caso específico da prestação de serviços de Implementação de Créditos para Vale Alimentação, a possibilidade de pagamento sem contato com base na tecnologia NFC ainda é restrita e neste sentido, visando a ampliação do universo de possíveis licitantes, entendemos que o Edital deveria admitir também a oferta de outras tecnologias de atualidade em que o uso de novas formas de interação se fez necessária para que as atividades sejam mantidas diante da Covid-19. Outrora questionava-se o uso do cartão em detrimento do papel na concessão do benefício, depois a utilização de chip como garantia de segurança, agora os cartões “por aproximação” e o uso por aplicativos. É certo que o avanço tecnológico é uma tendência, cabendo a esta Corte obstar requisições da espécie apenas se demonstrado inequívoco prejuízo à competitividade e à obtenção da melhor proposta, o que, no caso, não

² Atente-se que o próprio TCE/SP passou a exigir, em seus pregões, o cartão com 'chip', como é possível notar da simples leitura do objeto do Pregão Eletrônico nº 40/17 lançado por aquela Corte: “prestação de serviços de administração, gerenciamento, emissão e fornecimento de vale-refeição, na forma de cartão eletrônico com chip”. Disponível em: https://www4.tce.sp.gov.br/licitacao/sites/licitacao/files/pre_eletronico-40-2186_vale_refeicao_edital_0.pdf, acesso em 31.07.2023.



Consórcio Intermunicipal de Desenvolvimento
Sustentável da Serra Gaúcha

ocorreu, já que a Representante se absteve de trazer comprovações sobre suas alegações”

(TC-016190.989.22-8, Sessão Plenária de 17/08/2022, sob relatoria do Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues)

Sobre o tema, o Tribunal de Contas de Santa Catarina já se manifestou editando a Súmula nº 2, conforme Decisão nº 287/2017, petrificando seu entendimento consolidado sobre o tema sob o seguinte verbete: *“A exigência de utilização exclusiva de cartão eletrônico com chip de segurança em edital licitatório, que tem como objeto a contratação de serviços pela Administração Pública, não caracteriza restrição à competitividade do certame, em razão de possuírem capacidade de armazenar dados de forma mais segura”*. No processo REP 14/00239335, daquela Corte, o conselheiro Luiz Roberto Herbst destacou que os cartões com uso de tarja são facilmente clonados e que os cartões com chip reduzem o problema. Acrescentou que o Poder Público não pode ficar tolhido da escolha de tecnologia mais avançada e segura, porque existem no mercado empresas de cartões refeição que decidem não adotar cartões com chip. Na mesma linha foram as manifestações do auditor substituto de conselheiro Gerson dos Santos Sicca, no processo REP 15/00040107, e do conselheiro Herneus De Nadal, no processo REP 16/00161267. *“A exigência não se mostra impertinente ou irrelevante, pois a tecnologia requerida (cartão com chip e tarja magnética) visa conceder uma forma a mais de segurança e utilização do cartão, porquanto a segurança tecnológica do chip é diferenciada da existente na tarja magnética”*, argumentou o auditor Sicca. *“A duplicidade de um cartão com esse dispositivo [chip] exige não só a leitura e cópia dos dados da tarja magnética, mas, também, o mapeamento e a reprodução da arquitetura e dos dados do microchip”*, salientou o conselheiro Nadal.

Em breve pesquisa na *internet* foi verificado que a exigência de cartão com chip não direciona o certame, pois existem muitos fornecedores capazes de atender o edital neste ponto. Do mesmo modo, entende-se que a condicionante não é desarrazoada ou desproporcional, tendo em vista que a tecnologia exigida dos licitantes tem como finalidade ampliar a segurança das transações e dificultar a clonagem dos cartões, seguindo o procedimento utilizado com sucesso por bancos e operadoras de cartões de crédito.

A utilização de cartão com chip para transações vem sendo crescentemente utilizada há anos, principalmente no sistema bancário, o qual trocou os cartões com tarja pela tecnologia de cartões com chip, em razão da maior segurança, pois possuem capacidade de armazenar dados de forma segura (criptografados), procurando reduzir de forma substancial as fraudes, notadamente com a clonagem dos cartões.



Consórcio Intermunicipal de Desenvolvimento
Sustentável da Serra Gaúcha

Em recente decisão (14.05.2014), o Tribunal de Contas da União considerou improcedente representação que contestava a exigência de fornecimento de cartões com chip em contratação de empresa para vale-alimentação, considerando que não caracteriza restrição da competitividade:

Representação. Possíveis irregularidades em licitação. Alegação de restrição da competitividade em razão da tecnologia exigida para o objeto licitado. Conhecimento. Improcedência (TCU. Plenário. Processo: 010.211/2014-4. Relator: Augusto Sherman. Acórdão: 1228/2014. Julg.: 14/05/2014). Eis o voto do relator naquele processo: Trata-se de representação formulada pela empresa Planinvesti Administração e Serviços Ltda. dando conta de possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico 10/2014 promovido pelo Conselho Regional de Enfermagem de São Paulo (Coren/SP), tendo por objeto a contratação de empresa para fornecimento de vales, em forma de cartão com chip de segurança, destinados a pagamento de alimentação para os colaboradores do Coren/SP.

(...).

7. Entendo razoável a justificativa fornecida pelo Coren/SP, qual seja, o aumento da segurança do meio de pagamento ante a constatação de grande número de fraudes ocorridas com o uso da tecnologia de cartões com tarja magnética, para a adoção da tecnologia considerada mais segura. Aliás, é de conhecimento geral a grande incidência de fraudes e clonagens com cartões magnéticos utilizados nas mais diversas formas de pagamentos, o que já levou muitos dos operadores desses meios de pagamentos a substituí-los, já há algum tempo, por cartões eletrônicos com chip. Como exemplos mais evidentes temos os bancos e as operadoras de cartões de crédito.

8. Considero que essa opção se insere na esfera de discricionariedade da administração do Coren/SP, não sendo razoável, portanto, que o Tribunal adote providências que possam obrigar a entidade a utilizar tecnologia que venha lhe causar prejuízos futuros, sob a justificativa de simplesmente se aumentar a competitividade do certame. Entendo que, neste caso, a busca da maior competitividade deve ser avaliada com ponderação. Aliás, o fato de ter ocorrido ao certame três licitantes, se, por um lado, não indica uma ampla concorrência, por outro, também não sinaliza a ausência de competitividade. Cabe às empresas atuantes no setor a evolução de sua tecnologia com vistas a

oferecer as soluções condizentes com essas novas e irreversíveis exigências, em vez de buscar junto ao Tribunal tutela a atuação mercadológica defasada.

9. Feitas essas considerações, considero improcedente a presente representação.

3. Admissão de taxas de administração positiva, zero ou negativa

É fato que o edital do pregão N° 0007/2023 CP-CISGA e seus anexos, determina ser possível a oferta de propostas com taxa zero, positiva ou negativa, em vários pontos, conforme bem cita a impugnante em sua peça, tais como: 4.6 (do Termo de Referência) “Para fins de proposta e contratação, será admitida taxa de administração positiva, zero ou negativa.”; 8.1.3 “A taxa de administração percentual ofertada para a contratação, indicando-o em forma de um número percentual, sendo admitida a oferta em valor zero ou negativo [...]”; 10.2 Serão aceitas taxas percentuais, contendo até 02 (dois) dígitos após a vírgula, positivas, nulas (zero por cento), ou ainda, negativas. Tendo isso posto, passamos à análise das alegações vertidas.

Como bem destacou o Parecer Jurídico da Assessoria Jurídica desta Autarquia Interfederativa, de 10 de julho de 2023, a Lei Federal n° 14.442/2022, de 02 de setembro de 2022, na esteira do disciplinado por espécies infralegais pretéritas (art. 143, IV da Portaria MTP n° 672, de 8 de novembro de 2021 e art. 175 do Decreto n° 10.854, de 10 de novembro de 2021) passou a regulamentar o seguinte quanto ao pagamento, pelo empregador, a título de auxílio-alimentação de que trata o § 2° do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n° 5.452, de 1° de maio de 1943:

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

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

Começou-se a sustentar, em decorrências das inovações legislativas, que se passou a proibir o oferecimento de margens de desconto nos preços ofertados com taxas negativas na contratação de empresas especializadas para prestação de serviços referente ao fornecimento de cartões de auxílio-alimentação. No que concerne às pactuações efetuadas por sociedades empresárias na condição de empregadoras, de maneira remansosa, o entendimento que se estabelece é de que, efetivamente, o

deságio ou a imposição de descontos sobre o valor contratado implica no reconhecimento de contrariedade ao texto legal, podendo, inclusive, ocasionar o apenamento em decorrência da execução inadequada, o desvio ou o desvirtuamento das finalidades do auxílio-alimentação.

Contudo, no que toca às mesmas contratações, quando efetuadas por entes públicos em tal condição, a controvérsia quanto à incidência da mencionada proibição instaurou-se. Mesmo que o dispositivo transcrito da lei em testilha, ao proibir a oferta de taxa negativa, refira-se ao pagamento de auxílio-alimentação no âmbito da CLT, há decisões de Tribunais de Contas que passaram a entender que a inovação legal passou a estabelecer tal vedação até nos casos em que o benefício citado é concedido a servidores no âmbito de Regime Jurídico Único Estatutário, situação na qual, a princípio, o fundamento de validade da concessão não residiria na Consolidação Trabalhista, e sim em leis dos próprios entes federativos (algo próprio do citado regime único). Veja-se, por exemplo, a decisão proferida no Processo TC-010031.989.22-1, de relatoria do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo, julgado pelo pleno do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em sessão de 11/05/2022.

Embora não pacífica, a discussão sobre o panorama do auxílio-alimentação concedido no âmbito de relações estatutárias não nos é tão relevante, tendo em conta que, por força do parágrafo segundo do art. 6º da Lei Federal nº 11.101/05, o consórcio público será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) no que toca à admissão de pessoal³. Como esclarece a Enciclopédia Jurídica da PUC-SP⁴: *“A Lei 11.107/2005 deixa claro que o regime aplicável é o celetista, ou seja, os servidores que exercem suas funções nos consórcios públicos são titulares de emprego público (art. 6º, § 2º). O diploma legal não diferencia, nesse particular, as associações públicas dos consórcios de direito privado – em ambos os casos o regime de trabalho aplicável é o contratual”*.

Dessa forma, no âmbito deste Consórcio Público, o benefício ora em tela é aquele de que trata o § 2º do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho, repousando em tal diploma, inclusive, o

³ § 2º O consórcio público, com personalidade jurídica de direito público ou privado, observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, à celebração de contratos, à prestação de contas e à admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. (Redação dada pela Lei nº 13.822, de 2019)

⁴ LEVIN, Alexandre. Consórcio público. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/521/edicao-1/consorcio-publico>, acesso em 13/06/2023.

fundamento de sua concessão. Assim, sob uma primeira óptica e num primeiro momento, poder-se-ia concluir não haver qualquer dúvida quanto à adoção de cláusula vedando o oferecimento de “taxa negativa” em edital de certame destinado a efetivar a contratação de empresa especializada para prestação de serviços de gerenciamento e fornecimento de auxílio-alimentação. Tal seria, inclusive, a interpretação que decorreria da leitura dos dois primeiros dispositivos da Lei Federal nº 14.442/2022, de 02 de setembro de 2022. Atente-se:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o pagamento de auxílio-alimentação ao empregado, bem como altera a Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976, e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Art. 2º As importâncias pagas pelo empregador a título de auxílio-alimentação de que trata o § 2º do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, deverão ser utilizadas para o pagamento de refeições em restaurantes e estabelecimentos similares ou para a aquisição de gêneros alimentícios em estabelecimentos comerciais.

Ora, se o CISGA tem as relações laborais de seus colaboradores disciplinadas pela CLT, e se sobrevém lei federal disciplinadora do auxílio-alimentação de que trata o § 2º do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho proibindo qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado na contratação de pessoa jurídica para o fornecimento do auxílio-alimentação, a primeira interpretação que disso poderia se extrair é de que, efetivamente, ao buscar viabilizar licitação objetivando a seleção de tal objeto, o instrumento convocatório de tal certame deveria conter cláusula vedando o que se convencionou chamar de “taxa negativa”. Contudo, se empreendermos uma análise mais acurada, levando em conta, sobretudo, para os fundamentos e razões que motivaram a proibição veiculada na lei federal em tela, perceberemos que a exegese inicial acima proposta não é a mais adequada. Senão, vejamos.

Partindo do Parecer da Comissão Mista da Medida Provisória nº 1108/2022⁵, a qual acabou transformada na lei federal retro colocada, percebe-se claramente qual foi a intenção do legislador

⁵ Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2200878&filename=Tramitacao-MPV%201108/2022, acesso em 14/06/2023.



Consórcio Intermunicipal de Desenvolvimento
Sustentável da Serra Gaúcha

ao prescrever a vedação que ora se comenta. Por elucidativo que é, transcrevemos o seguinte trecho do relatório do documento, de lavra do Deputado Paulinho da Força:

Por outro lado, em relação às mudanças no programa de alimentação do trabalhador, informa-se que, hoje, o programa se desenvolve com o uso intensivo de transações comerciais por meio de dispositivos eletrônicos e pagamentos instantâneos, possibilitando aquisições de qualquer natureza, não relacionadas à alimentação, de forma bastante facilitada, permitindo, assim, o gozo de benefício fiscal pelo empregador, mesmo sem necessariamente prover alimentação adequada aos trabalhadores. A concessão de deságio pelas empresas emissoras dos vales-refeição e alimentação aos empregadores, que recebem isenção tributária para implementar programas de alimentação, deturpa a política pública, ao beneficiar duplamente as empresas e transferir o ônus das taxas negativas aos estabelecimentos comerciais credenciados, que, de fato, proveem a alimentação. Justifica-se relevância por ser matéria ligada à empregabilidade e à nutrição do trabalhador; e pela urgência em eliminar entraves desnecessários à empregabilidade.

Grifamos.

Da leitura, já se pode entrever a *ratio essendi* da limitação que viria a ser imposta com a edição da MP. Porém, sua Exposição de Motivos é ainda mais clara na tarefa de nos trasfegar o objetivo que tinha em mente o legislador ao insculpir suas regras:

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,



Consórcio Intermunicipal de Desenvolvimento
Sustentável da Serra Gaúcha

ao ser beneficiado duplamente, com a isenção do imposto de renda e com as taxas de deságio concedidas pelas facilitadoras contratadas.

Grifamos.

Percebe-se, claramente, que a motivação levada em conta para se rechaçar a concessão de taxas negativas ou deságio partiu de uma lógica puramente privatista da análise dos modelos de arranjo de pagamento implementados no âmbito do PAT. Em toda a tramitação da MP posteriormente convertida em lei, o objetivo almejado com mencionado rechaço foi o de impedir que sociedades empresárias beneficiárias do programa pudessem receber o “duplo benefício tributário”. Para melhor compreendê-lo, é necessário aclarar de quais benefícios se fala e quem deles pode se beneficiar.

Pois bem. Um dos “benefícios” que integram essa dupla é justamente aquele que decorreria da admissão de contratação de facilitadora de aquisição de refeições ou gêneros alimentícios através de deságio ou desconto sobre o montante a ela transferido a título de auxílio-alimentação, para operacionaliza-lo: a facilitadora, uma vez adotado o modelo de “taxa negativa”, acabaria, ao fim e ao cabo, tendo que desembolsar uma quantia para a pessoa jurídica beneficiária (que concede o auxílio aos trabalhadores), o que se revestiria da condição de primeiro benefício por essa recebido. Porém, não é só.

O outro benefício pode ser depreendido das seguintes circunstâncias. O auxílio-alimentação previsto pelo artigo 457, § 2º, da CLT, tratado pela MP 1.108/2022, não se trata de um direito subjetivo do trabalhador, mas de uma opção do empregador pela sua concessão, que, quando implementado por uma sociedade empresária, é beneficiado por meio de incentivos fiscais. Atentemos ao teor do art. 1º da Lei 6.321/1976:

*Art. 1º As pessoas jurídicas poderão deduzir do lucro tributável, para fins de apuração do imposto sobre a renda, o dobro das despesas comprovadamente realizadas no período-base em programas de alimentação do trabalhador previamente aprovados pelo Ministério do Trabalho e Previdência, na forma e de acordo com os limites dispostos no decreto que regulamenta esta Lei.
(Redação dada pela Lei nº 14.442, de 2022)*

Trata-se, como se vê, de uma isenção fiscal concedida pela lei justamente para incentivar empregadores a participar no custeio de programas de alimentação a seus trabalhadores. Contudo, em decorrência da própria terminologia empregada pelo legislador, é possível perceber que dela poderão

se beneficiar pessoas jurídicas que auferem “lucro tributável” e estão sujeitas ao pagamento de imposto sobre a renda das pessoas jurídicas.

Isso já basta para evidenciar que alguns requisitos são demandados para que essa segunda sorte de “benefício” seja gozada pela pessoa jurídica beneficiária. O benefício tributário, concedido pelo art. 1º, caput, da Lei 6.321/1976, é atribuído, apenas, às pessoas jurídicas que auferem lucro. E não é qualquer espécie de lucro. A expressão “lucro tributável”, contida no art. 1º, caput, da Lei 6.321/1976, é referida doutrinariamente como sinônimo de “lucro real”, de sorte que o benefício tributário, previsto no mesmo dispositivo, destina-se, somente, às pessoas jurídicas que são tributadas segundo o regime de lucro real, no que tange ao recolhimento do imposto sobre a renda devido. Desse modo, não abrange os entes pertencentes à administração pública direta, autárquica ou fundacional, pessoas jurídicas de direito público, uma vez que, além de não obterem lucro em sua atividade, sequer são contribuintes do imposto sobre a renda de pessoas jurídicas, tendo em vista a imunidade tributária conferida pelo art. 150, VI, “a” e § 2º, da CF/88. Assim, jamais serão beneficiárias, ainda que inscritas no PAT, do favor legal preconizado no art. 1º, caput, da Lei 6.321/1976, razão pela qual não se verifica impedimento para que tais entes possam realizar a contratação de empresa fornecedora/administradora de auxílio-alimentação com a aplicação de descontos ou deságio sobre o valor contratado, incluindo-se a adoção de taxa negativa de administração. O duplo benefício, o qual buscou ser evitado pelo legislador que editou a MP 1.108/2022 com a dicção de seu artigo 3º, posteriormente convertido em lei, não ocorre quando o “empregador” é um ente público.

Cabe destacar, nessa senda, que as conclusões acima esposadas estão em harmonia com o articulado em decisão do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, que exerce controle externo em relação aos atos deste Consórcio Público, consoante se pode verificar no trecho do Recurso de Agravo no Processo nº 26276-0200/22-2, relator Roberto Debacco Loureiro, data da sessão 13-09-2022:

Acerca da possível futura vinculação do Município ao Programa de Alimentação ao Trabalhador – PAT, que ensejaria a proibição de taxa de administração negativa, destaco o seguinte trecho do Acórdão nº 638/2019 – Primeira Câmara, do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo:

O Programa de Alimentação do Trabalhador tem por objetivo primordial a melhoria na qualidade de vida dos trabalhadores, criando um incentivo fiscal para as empresas que promovessem tais melhorias. Tanto é que, conforme regulamentado no Decreto 5 de 1991, a

peessoa jurídica que estiver inscrita no PAT poderá deduzir do imposto de renda devido os valores gastos nessa finalidade.

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

Por sua vez, quanto à modalidade de contratação escolhida, reporto-me aos termos da análise promovida pelo Serviço de Auditoria (peça 4525438) no expediente recorrido, que abordou o tema de forma precisa. Em resumo, registrou-se que, como “o objeto a ser contratado possibilita o competitivo entre as empresas interessadas, direcionar a escolha da modalidade de licitação para aquela que permita uma real competição entre as empresas seria o mais indicado, segundo a legislação, para o caso concreto”.

Nesse contexto, vale observar que, caso o edital, de fato, permitisse a oferta de taxa de administração negativa, a competição entre eventuais interessados e a consequente escolha da oferta mais vantajosa seriam impositivos. Se, como disse o Recorrente, “há várias instituições no mercado aptas à oferta do serviço de administração e fornecimento de cartão alimentação”, dever-se-ia proceder à contratação daquela cuja proposta trouxesse maior benefício à Municipalidade.

A respeito da preocupação demonstrada com a exequibilidade de ofertas com taxas negativas, faço novamente referência à aludida jurisprudência do STJ (Tema 1038), segundo a qual “Deve a Administração (...) buscar a proposta mais vantajosa; em caso de dúvida sobre a exequibilidade, ouvir o respectivo licitante; e, sendo o caso, exigir-lhe a prestação de garantia”.

De salientar, ainda, que a permissão da oferta de “taxa negativa” está em consonância, em linha do que defende o TCE/RS, com a ampliação da competitividade entre os licitantes participantes, solução que encontra guarida no principiologia da Lei Federal nº 8.666/93 e representa prática comum no mercado. Com efeito, a vedação da apresentação de taxa de administração negativa encontra-se em desacordo com o inciso X, do art. 40 da Lei n. 8.666/93, violando, ainda, o princípio da legalidade, da economicidade e o da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública previsto no caput do artigo 3º da Lei supracitada e no art. 9º, I, “a” da Lei n. 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações



Consórcio Intermunicipal de Desenvolvimento
Sustentável da Serra Gaúcha

e Contratos Administrativos). Outrossim, também traria dificuldades na definição do vencedor da licitação, uma vez que, provavelmente, diversos licitantes poderiam apresentar preços idênticos ao estabelecido artificialmente como mínimo: zero por cento.

Neste sentido, num cenário em que haja apenas a permissão para a oferta de propostas de taxa zero ou positivas, a maioria esmagadora das licitantes apresentariam lances mínimos à taxa de zero por cento e, a vencedora, na prática, seria definida por sorteio. No cenário hipotético, confirmado por robustos resultados homologados dos pregões pesquisados, nos editais dos quais foi vedada a apresentação de taxas negativas, não haveria razão para que a modalidade de contratação escolhida pela administração fosse o pregão eletrônico, já que a fase de disputa do menor preço, através da fase de lances, é apenas proforma, sendo, desta forma, muito mais razoável que a administração tivesse optado por credenciamento de fornecedores, cabendo ao usuário final a opção por um ou outro, justamente por ser da natureza do credenciamento a pré-determinação do preço contratado por indubitavelmente não haver variação dos valores praticados pelo mercado. O CISGA optou pelo pregão eletrônico exatamente por considerar que o objeto a ser contratado possibilita o competitivo entre as empresas interessadas, em evidente prestígio aos princípios estatuídos pelo art. 3º da Lei de Licitações e Contratos, graças à possibilidade de disputa de taxas de administração negativas.

Ademais disso, é sempre bom lembrar que a adoção da solução acima retratada está de acordo com o entendimento de longa data do Tribunal de Contas da União, do qual são exemplos elucidativos os precedentes Acórdão nº. 552/2008 – TCU e Acórdão nº. 1.034/2012-Plenário, de relatoria do Min. Raimundo Carreiro (Informativo sobre Licitações e Contratos nº. 104 do TCU). Mais ainda, a referida Corte Federal, por meio do Acórdão nº 1.623/2018 – Plenário, determinou, liminarmente, ao Ministério do Trabalho, a suspensão da aplicabilidade da Portaria 1.287/2017, que dispunha sobre a vedação de cobrança, pelas empresas prestadoras, de taxas de serviço negativas às empresas beneficiárias do Programa de Alimentação do Trabalhador, e trazia em seu bojo a mesma vedação constante da MP 1.108/2022, por entender que esta interferia na ordem econômica, restringindo a competitividade do setor de vales alimentação e mitigava a aplicação de legislação de contratações públicas, que busca a economicidade e o melhor preço. Posteriormente, em 14/11/2018 o TCU determinou a anulação da Portaria, por meio do Acórdão nº 2619/2018. Portanto, a adoção de taxa negativa é a verdadeira exigência capaz de resguardar o princípio da competitividade, segundo o entendimento das Cortes de Contas.

Veja-se, por oportuno, a Decisão do TCE/MG no PROCESSO n.º: 1141440, relatada pelo Conselheiro Mauri Torres, que aborda com detalhes o assunto, fazendo, inclusive, um panorama da jurisprudência daquele Tribunal:

Este Tribunal tem entendimento de que, nos certames que abrangem taxas de administração, é permitido a previsão de ofertas de taxas iguais a zero e também de taxas negativas.

Isso porque a apresentação de ofertas de taxa de administração de valor negativo, por si só, não torna as propostas inexequíveis, devendo ser averiguada a compatibilidade da taxa oferecida em cada caso concreto, a partir de critérios objetivos.

Nesse sentido, o entendimento do Tribunal de Contas da União proferido no Acórdão n.º. 1.034/2012-Plenário, de relatoria do Min. Raimundo Carreiro, matéria extraída do Informativo sobre Licitações e Contratos n.º. 104 do TCU:

A oferta de taxa de administração negativa ou de valor zero, em pregão para prestação de serviços de fornecimento de vale-alimentação, não implica inexecutabilidade da respectiva proposta, a qual só pode ser aferida a partir da avaliação dos requisitos objetivos especificados no edital da licitação

1. Representação formulada por [...], na condução do Pregão Presencial n.º 04/11, que antecedeu a contratação de empresa para prestar serviços de fornecimento de vale-alimentação, abrangendo o gerenciamento, distribuição, implementação e administração dos benefícios. Após sorteio realizado entre as empresas [...], em razão de haverem apresentado propostas de isenção de taxa de administração (0,00 %), o objeto do pregão foi adjudicado à primeira delas. O relator considerou, em face do disposto no comando contido no art. 4º, inciso XVII, da Lei n.º 10.520/2002, que o pregoeiro não deveria ter realizado “precocemente” o referido sorteio, mas sim negociado com as citadas empresas, a fim de obter proposta ainda melhor. Rememorou o teor da Decisão n.º 38/1996 – Plenário, por meio da qual o Tribunal decidiu: “deixar assente que, no que pertine às licitações destinadas ao fornecimento de vale-refeição/alimentação, a admissão de ofertas de taxas negativas ou de valor zero, por parte da Administração Pública, não implica em violação ao disposto no art. 44, § 3º, da Lei n.º 8.666/93, por não estar caracterizado, a priori, que essas propostas sejam

inexequíveis, devendo ser averiguada a compatibilidade da taxa oferecida em cada caso concreto, a partir de critérios objetivos previamente fixados no edital”. A despeito dessa e de outras falhas apuradas, considerou que a anulação do respectivo contrato traria inconvenientes que suplantariam eventuais benefícios dela resultantes. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, quanto ao aspecto acima enfocado, decidiu determinar ao SESCOOP-SP que, em futuras licitações: “salvo quando houver comprovada e justificada inviabilidade, passe adotar o entendimento firmado na Decisão nº 38/1996-Plenário, no sentido de que a apresentação de ofertas de taxas de administração negativas ou de valor zero não torna as propostas inexequíveis, devendo ser averiguada a compatibilidade da taxa oferecida em cada caso concreto, a partir de critérios objetivos previamente fixados no edital”. Acórdão n.º 1.034/2012-Plenário, TC 010.685/2011-1, rel. Min. Raimundo Carreiro, 2.5.2012. (negrito no original)

Esse também é o entendimento exarado no Acórdão nº. 552/2008 – TCU, no qual o Ministro Revisor do TCU, Aroldo Cedraz, em seu voto, afirmou:

8.1. Ressalta que a admissão de propostas com taxa de administração irrisória ou negativa não torna o contrato inexequível, visto que 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 durante o período compreendido entre a sua disponibilização pela contratante e o repasse à rede credenciada e, ainda, pela cobrança de “comissão” dos estabelecimentos. Acrescenta que o risco de inexecução deve ser diminuído com a exigência de garantias compatíveis com o volume de recursos que seriam intermediados pela prestadora dos serviços.

Na mesma esteira, já decidiu esta Corte de Contas, nos autos da Denúncia nº. 1054061, de relatoria do Conselheiro Cláudio Terrão, Sessão da Segunda Câmara, do dia 17/9/2020:

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. PREFEITURA MUNICIPAL. REGISTRO DE PREÇOS. PRELIMINAR PROCESSUAL. PERDA DE OBJETO. REJEITADA. MÉRITO. IRREGULARIDADES. SANÇÃO DE SUSPENSÃO TEMPORÁRIA E IMPEDIMENTO DE CONTRATAR. ABRANGÊNCIA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. OFERTA



Consórcio Intermunicipal de Desenvolvimento
Sustentável da Serra Gaúcha

DE VALOR ZERO OU NEGATIVO. POSSIBILIDADE. IMPOSIÇÃO DE APRESENTAÇÃO DE REDE CREDENCIADA ANTES DA CONTRATAÇÃO. ANÁLISE DO CASO CONCRETO. PROCEDÊNCIA. APLICAÇÃO DE MULTA. RECOMENDAÇÃO.

[...]

2. A apresentação de ofertas de valor zero ou negativo, por si só, não tornam as propostas inexequíveis, devendo ser verificada a compatibilidade da taxa ofertada a partir de critérios objetivos, no caso concreto.

II – FUNDAMENTAÇÃO

[...]

B) Da vedação de ofertas de taxa de administração com percentual zero ou negativo (subitem 5.2.6 do edital)

[...]

De fato, a exequibilidade da taxa de administração ofertada pelos participantes deve ser aferida por meio de critérios objetivos no caso concreto, não devendo o município vetar, de plano, a oferta de valor zero ou negativo, sob pena de afastar participantes que conseguem praticar tal precificação sem que haja comprometimento de suas respectivas remunerações.

Nesse cenário, considero procedente a presente denúncia, oferecida pela Prime Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda. – EPP, no que se refere ao subitem 5.2.6 do ato convocatório.

Todavia, diante da comprovada correção editalícia promovida pela municipalidade, conforme acima colacionado, deixo de responsabilizar os gestores. (G.n.)

Feitas essas considerações, esta Unidade Técnica entende que a taxa de administração negativa é uma prática comum no mercado, que favorece a competitividade do certame e o interesse público.

Ressalta-se que a primeira versão do instrumento convocatório permitia, expressamente, a apresentação de taxas de valor percentual negativo. Contudo, conforme esclarecimentos constantes no sítio eletrônico da Prefeitura Municipal de Santa Luzia, o Termo de Referência foi retificado para se adequar à Lei nº. 14.442/2022, de modo a proibir a oferta de taxas menores de 0,00% (taxa zero).

Quanto à proibição decorrente do art. 3º da Medida Provisória 1.108/20223 – que foi convertida na Lei nº. 14.442/2022 – cabe menção ao acórdão da Denúncia nº. 1120086, de relatoria do Conselheiro Substituto Telmo

Passareli, por meio da qual a 2ª Câmara deste Tribunal se posicionou pela inaplicabilidade da referida norma, deferindo a medida cautelar pleiteada naquela ocasião, tendo em vista a vedação irregular à oferta de taxa negativa:

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.

[...]

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. (G.N.)

Menciona-se, também, o entendimento adotado na Denúncia nº. 1121133, de relatoria do Conselheiro Substituto Adonias Monteiro, Sessão da Primeira Câmara, do dia 13/12/2022:

DENÚNCIA. PREGÃO ELETRÔNICO. REGISTRO DE PREÇOS. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE ADMINISTRAÇÃO, GERENCIAMENTO, EMISSÃO E FORNECIMENTO DE VALE ALIMENTAÇÃO. TAXA DE ADMINISTRAÇÃO NEGATIVA. MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.108/2022. IMPROCEDÊNCIA. PREVISÃO DE PAGAMENTO EM ATÉ TRINTA DIAS DA ENTREGA DO OBJETO.

*PARTICULARIDADES DO REGIME DE PAGAMENTO DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IMPROCEDÊNCIA.
ARQUIVAMENTO.*

1. Nos certames para fornecimento de vale refeição ou alimentação, o oferecimento de proposta com taxa de administração zero ou negativa é regular, consoante jurisprudência desta Corte e do Tribunal de Contas da União.

2. A edição da Medida Provisória n. 1.108/2022, posteriormente convertida na Lei n. 14.442/2022, não obsta a aceitação de taxa de administração negativa em procedimentos licitatórios direcionados à contratação de empresa para fornecimento de vale alimentação, uma vez que tal normativo dispõe exclusivamente sobre alterações no âmbito da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e da Lei n. 6.321/1976, que institui e regulamenta o Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT.

Grifamos.

Por semelhante norte, está o Manual de Licitações do Tribunal e Contas do Estado do Paraná, que assim dispõe:

39. Nas licitações para fornecimento de cartões magnético ou eletrônico, do tipo “vale alimentação”, “vale refeição” ou outro similar, deve-se evitar a “proibição de taxa de administração negativa”, respeitados os critérios de exequibilidade, objetivamente definidos em Edital, para não impactar no direito ao tratamento favorecido e diferenciado às MPE? Por quê? Sim. Nas licitações para fornecimento de cartões magnéticos ou eletrônicos em que se adote como critério de julgamento a menor taxa de administração, a proibição de apresentação de taxa de administração negativa cria, em geral, uma situação de empate entre todas as empresas que chegarem a uma proposta de taxa de administração igual a 0% (zero por cento).

Tal situação impede o exercício do direito de preferência em caso de empate ficto, uma vez que a MPE melhor classificada fica impedida de apresentar proposta de valor inferior à menor proposta, já que estaria impedida de apresentar proposta com taxa de administração negativa. Assim, salvo justificativa técnica e econômica plausível, em certames abrangendo taxas de administração, não é dado à



Consórcio Intermunicipal de Desenvolvimento
Sustentável da Serra Gaúcha

Administração Pública proibir taxas com valores negativos
consoante determinação dos Acórdãos nº 2.252/2017-Pleno,
2.123/2016-Pleno, 6.300/2015-Pleno e 6.464/2014-Pleno,
todos do TCE-PR.

Grifou-se.

De salientar, também, o seguinte trecho do Acórdão nº 638/2019 – Primeira Câmara, do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo:

O Programa de Alimentação do Trabalhador tem por objetivo primordial a melhoria na qualidade de vida dos trabalhadores, criando um incentivo fiscal para as empresas que promovessem tais melhorias. Tanto é que, conforme regulamentado no Decreto 5 de 1991, a pessoa jurídica que estiver inscrita no PAT poderá deduzir do imposto de renda devido os valores gastos nessa finalidade. Ocorre que tal análise tributária é inaplicável à Administração Pública que goza de imunidade tributária quanto aos impostos sobre a renda, serviços e patrimônio, conforme dispõe o artigo 150, inciso VI, alínea 'a'. Grifou-se.

Porém, ainda que não houvesse outros Tribunais de Contas a divergir da orientação que a impugnante quer fazer prevalecer, o que se reconhece “ad argumentandum”, o que mais nos interessa é ressaltar a profusão de decisões do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (além da já transcrita) – aquele cuja jurisdição vincula a atuação deste Consórcio Público – albergando as soluções adotadas pelo edital combatido, em ambas as suas Câmaras e de modo pacífico. Senão, vejamos:

Relatório e voto no Processo nº 31172-02.00/22-3 – Sessão: 21 de junho de 2023 – Gabinete do Conselheiro Iradir Pietroski – Precedente que denota o entendimento de toda a Segunda Câmara do TCE/RS

O Tribunal de Contas da União (TCU), em expediente de Representação, analisou a possibilidade da utilização do credenciamento como modalidade licitatória por empresas estatais e pontuou que a superveniência da Medida Provisória nº 1.108/2021, posteriormente convertida na Lei 14.442/2022, proibiu o emprego de taxa de administração negativa nas contratações de serviços de gerenciamento e fornecimento de vales alimentação e refeição.

Entretanto, o Corpo Técnico da Casa reconheceu a possibilidade da utilização de taxas negativas de administração, com base em recentes posicionamentos do Tribunal de Contas da União (TCU) e da

Procuradoria-Geral do Estado (PGE/RS), mesmo após a superveniência da referida lei federal.

Tal entendimento vem sendo adotado no âmbito desta Segunda Câmara, como se depreende das decisões exaradas nos processos 21062-0200823-5 e 21443-0200/22-9, onde se negou seguimento às Representações, pois, em anuência à Área Técnica, verificou-se não haver irregularidade na aceitação de taxa negativa como critério de julgamento para a contratação dos serviços de administração do vale-alimentação, e similares, em que se busca a menor taxa, uma vez que, na esteira do órgão Técnico e Acórdão do Plenário do TCU nº 1482/2019, à Administração Pública não se aplicam as regras do Programa de Amparo ao Trabalhador (PAT), previstas na Medida Provisória n. 1.108/2021, convertida na Lei nº 14.442, de 2 de setembro de 2022.

Dessa forma, alinhado com a Área Técnica e com entendimentos exarados nos expedientes supra referidos, com fundamento no Princípio da Economicidade, até a consolidação sobre o tema, tenho que é possível a aceitação de taxa negativa.

Por outro lado, tenho que o Órgão Auditado não agiu de forma irregular ao se basear em um entendimento razoável sobre a nova legislação para vedar a oferta de taxa negativa no instrumento convocatório do certame em análise.

Assim, tem-se que a Administração não agiu irregularmente, motivo pelo qual acompanho o MPC para arquivar o presente expediente.

Por todo o exposto, acreditamos que vedar-se a apresentação, pelos licitantes, de "taxa negativa" iria de encontro aos valores e objetivos que inspiraram a edição da MP 1.108/2022, posteriormente convertida na Lei Federal nº 14.442/2022, não sendo aplicável aos entes públicos, sejam aqueles cujos servidores são regidos pelo Regime Jurídico Único, sejam aqueles cujos empregados públicos são regidos pela CLT, as disposições do seu art. 3º, inciso I.

Grifamos.

No que tange aos entendimentos da Primeira Câmara, trazemos à colação o seguinte precedente

TCE/RS – Decisão Monocrática no Processo: 021465-0200/22-8 – 22 de agosto de 2022 – Relator Estilac Xavier

A Representante sustenta ser indevida a previsão no edital de abertura do certame, da possibilidade de taxa de administração negativa, por contrariar o disposto na Medida Provisória nº 1.108/2022. Este diploma normativo estabelece em seu artigo 3º, inciso I:

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

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

(...)

Ocorre que, conforme consta na Informação nº 17/2022- SREC (peça 4470827),

(...) seguindo o entendimento deste Tribunal, ficou estabelecida a possibilidade de fixação, como critério de julgamento para a contratação dos serviços de administração do vale-alimentação, a menor taxa, podendo ela ser negativa, uma vez que à Administração Pública não se aplicam as regras do Programa de Amparo ao Trabalhador (PAT), previstas na Medida Provisória n. 1.108/2022.

Assim, respaldado nas análises feitas acerca do presente caso, DECIDO pela improcedência da Representação sub judice e, em seguida, pelo seu consequente arquivamento, aplicando o previsto no artigo 9º combinado com o artigo 12, ambos da Resolução TCE n.º 1.120/2020.

Grifou-se.

Corroborando todo o argumentado até aqui, o Superior Tribunal de Justiça – STJ se posicionou sobre a questão em sede de recursos repetitivos, vindo a firmar a tese contida no Tema 1038, no sentido de que os editais de licitação não podem conter cláusula prevendo percentual mínimo referente à taxa de administração, sob pena de ofensa ao artigo 40, inciso X, da Lei Federal nº 8.666/1993. Veja-se:

(...)

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

5. A própria Lei de Licitações, a exemplo dos §§ 1º e 2º do art. 48, prevê outros mecanismos de combate às propostas inexequíveis em certames



Consórcio Intermunicipal de Desenvolvimento
Sustentável da Serra Gaúcha

licitatórios, permitindo que o licitante preste garantia adicional, tal como caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, seguro-garantia e fiança bancária.

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

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

(...)

Grifou-se.

Portanto, a impugnação apresentada não traz motivação cabível para a suspensão da sessão do certame, tampouco para a revisão do edital e seus anexos e, conseqüente republicação desses, com devolução de prazos legais. Outrossim, não se verifica a presença de quaisquer cláusulas que possam ser rotuladas restritivas e ilegais inseridas no Edital de Pregão Eletrônico nº 0007/2023.

Derradeiramente, este ente não possui a obrigatoriedade de adequação ao decidido no Acórdão nº 1324/23 - Tribunal Pleno, TCE-PR, tendo em vista que esta Corte possui jurisdição apenas no seu respectivo estado, consoante a cristalina dicção do art. 77 da Constituição do Estado do Paraná⁶. Solução diversa, a propósito, subverteria toda a sistemática de repartição de competências federativas traçadas pela Constituição Federal.

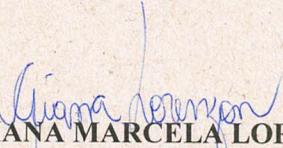
Portanto, a impugnação apresentada não traz motivação cabível para a suspensão da sessão do certame, tampouco para a revisão do edital e seus anexos e, conseqüente republicação desses, com devolução de prazos legais. Outrossim, não se verifica a presença de quaisquer cláusulas que possam ser rotuladas restritivas e ilegais inseridas no Edital de Pregão Eletrônico nº 0007/2023.

⁶ Art. 77. O Tribunal de Contas, integrado por sete conselheiros, tem sede na Capital do Estado, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território estadual, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 101 desta Constituição. (vide Emenda Constitucional 23 de 17/12/2007). Disponível em: <https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/exibirAto.do?action=iniciarProcesso&codAto=9779&codIteMAto=97592>, acesso em 27.07.23.

IV. DA DECISÃO

Em razão do exposto, decide-se conhecer e, no mérito, **NEGAR PROVIMENTO** à impugnação da sociedade empresária EXPERTISE SOLUÇÕES FINANCEIRAS LTDA, apresentada em face do Edital de Pregão Eletrônico N° 0007/2023 CP-CISGA, nos termos da legislação vigente, desprovido o pedido de retificação do edital.

Garibaldi, 31 de julho de 2023.


GIANA MARCELA LORENZON
Pregoeira CISGA