



Câmara Municipal de Ibiracú

Estado do Espírito Santo

Processo Administrativo n.º 089/2021

Referência: Pregão Presencial n.º 005/2021

Objeto: Análise e resposta da Impugnação ao Edital de Pregão Presencial n.º 005/2021, formalizado para a contratação de empresa especial

01.

ADMISSIBILIDADE:

I - A empresa *UP Brasil Administração e Serviços Ltda* - CNPJ n.º 02.959.392/0001-46, inconformada com os termos do Edital do Pregão Presencial n.º 005/2021, apresentou impugnação ao instrumento convocatório através do e-mail institucional licitação.cmi@camaraibiracu.es.gov.br, no dia 08/12/2021, às 15h07.

II – O Edital de Pregão Presencial n.º 005/2021, em seu tópico "III", item "04", é expresso no seguinte sentido:

"III – DIVULGAÇÃO, ESCLARECIMENTOS E IMPUGNAÇÕES

(...)

04. A impugnação do edital deverá ser promovida através de protocolo na Câmara Municipal de Ibiracú – CMI, até 02 (dois) dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, seguindo as condições e os prazos previstos no art. 41, da Lei n.º 8.666/93."

III – Portanto, sendo a impugnação apresentada em 08/12/2021 e a sessão pública de abertura marcada para o dia 10/12/2021, verifica-se que tempestiva é a impugnação apresentada.

IV – Releva anotar que a impugnação fora apresentada via e-mail e não obstante o item "04", do tópico "III", do Edital de Pregão Presencial n.º 005/2021 aludir que a impugnação deve ser promovida através de protocolo na CMI, em razão de já ter sido anteriormente (06/12/2021), via e-mail institucional, encaminhado pela empresa impugnante pedido de esclarecimento versando sobre o mesmo tema, entendeu-se por sua admissibilidade, mesmo sendo encaminhada via e-mail, inclusive por se tratar, a questão enfocada na impugnação, de redisciplinamento recente, trazido com a edição do Decreto Federal n.º 10.854, de 10/11/2021, que mereceria uma melhor análise, dada a sua novel edição, razão, inclusive, que motivou a suspensão temporária da abertura do certame público.

02.

DA IMPUGNAÇÃO:

I – De forma resumida, a impugnação apresentada pela empresa *UP Brasil Administração e Serviços Ltda* - CNPJ n.º 02.959.392/0001-46 questiona a legalidade do edital epigrafado, aduzindo, em síntese, que o edital em referência, estabeleceu como critério de julgamento o menor preço, considerando a menor taxa de administração ou a maior taxa de desconto para o objeto licitado e que no item 14.3 do Termo de Referência, restou consignado o seguinte, *in verbis*:



Câmara Municipal de Ibiracú

Estado do Espírito Santo

"14.3 – A taxa de administração ou desconto apresentada na proposta comercial deverá ser igual ou inferior a 0,00%, já contemplando o valor inerente à emissão e possíveis substituições dos cartões, assim como o custo de frete."

II – Aduz que referida previsão editalícia contraria a disposição constante do recentíssimo Decreto Federal n.º 10.854/2021, de 10/11/2021, que trouxe inovações e modificações no setor, notadamente acerca da impossibilidade de as companhias fornecedoras dos documentos de legitimação oferecerem desconto no valor contratado, nos termos do que consta do art. 175, do referido decreto.

III – Alega, também, que em função do disposto no art. 175, do Decreto Federal n.º 10.854/2021, de 10/11/2021, "*doravante não mais serão admitidos prazos para as contratantes efetuarem o repasse dos valores a serem disponibilizados aos trabalhadores que desnaturem a natureza pré-pago dos benefícios*" e que a previsão constante do item "12.1" do Termo de Referência constante do edital, vai de encontro a tal regramento.

IV – Confira-se, a propósito, a redação do dispositivo questionado, *in verbis*:

"12.1 - O pagamento será feito em favor da empresa Contratada, por meio de Depósito Bancário em conta corrente por ela indicada, uma vez satisfeitas as condições estabelecidas para a contratação, até o 15º (décimo quinto) dia útil após a apresentação da NOTA FISCAL devidamente discriminada e dos documentos de regularidade fiscal exigidos pelo edital."

V – Conclusivamente, a empresa Impugnante pleiteia a reformulação do edital para o fim de ser vedada a formulação de propostas com taxa negativa e, bem assim, que seja adotada a forma pré-paga nos procedimentos de pagamento, objetivando o atendimento do disposto no art. 175 do Decreto n.º 10.854/2021.

03.

DA ANÁLISE DA PREGOEIRA E DO SETOR TÉCNICO:

I – Inicialmente, há de se registrar que as condições fixadas no Edital e no Termo de Referência foram estabelecidas com estrita observância das disposições legais contidas nas Leis n.º 5.520/02 e 8.666/93.

II - Conforme já exposto inicialmente, a irrisignação formulada pela empresa impugnante em relação ao edital diz respeito à possibilidade, prevista no edital, de taxa negativa e a descaracterização da natureza pré-paga do benefício, dado o procedimento de pagamento, o que segundo alega, contraria a previsão constante do art. 175 do novel Decreto Federal n.º 10.854/2021.



Câmara Municipal de Ibiracú

Estado do Espírito Santo

III – Releva anotar que o Decreto Federal n.º 10.854/21 foi editado em 10/11/2021, com previsão de entrada em vigor 30 (trinta) dias após a data de sua publicação, portanto, a entrada em vigor do referido decreto ocorreu em 11/12/2021.

IV – Referido decreto regulamenta disposições relativas à legislação trabalhista e institui o Programa Permanente de Consolidação, Simplificação e Desburocratização de Normas Trabalhistas Infra Legais, sendo que no Capítulo XVIII, composto pelos arts. 166 a 182, dispõe sobre a regulamentação do PAT, de que trata a Lei n.º 6.321, de 14 de abril de 1976.

V – O decreto em testilha, em seu art. 175, assim expressamente dispõe, *in verbis*:

“Art. 175. As pessoas jurídicas beneficiárias, no âmbito do contrato firmado com fornecedoras de alimentação ou facilitadora de aquisição de refeições ou gêneros alimentícios, não poderão exigir ou receber qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado, prazos de repasse que descaracterizem a natureza pré-paga dos valores a serem disponibilizados aos trabalhadores, ou outras verbas e benefícios diretos ou indiretos de qualquer natureza não vinculados diretamente à promoção de saúde e segurança alimentar do trabalhador.

§ 1º. O disposto no caput não se aplica aos contratos vigentes até que tenha sido encerrado o contrato ou até que tenha decorrido o prazo de dezoito meses, contado da data de publicação deste Decreto, o que ocorrer primeiro.

§ 2º. O descumprimento da vedação prevista no caput implicará no cancelamento da inscrição da pessoa jurídica beneficiária do PAT.

§ 3º. É vedada a prorrogação de contrato em desconformidade com o disposto neste artigo.”

VI – A disposição em foco em muito se assemelha à disposição da anterior e extinta Portaria n.º 1.287/2017, de 27/12/2017, do Ministério do Trabalho, amplamente criticada (*revogada pela Portaria ME 213/2019*), que vedava a cobrança, pelas empresas prestadoras, de taxas de serviço negativas das empresas beneficiárias do Programa de Alimentação do Trabalhador. Referida Portaria, assim previa em seu art. 1º, *in verbis*:

“Art. 1º. No âmbito do Programa de Alimentação do Trabalhador, é vedada à empresa prestadora a adoção de práticas comerciais de cobrança de taxas de serviço negativas às empresas beneficiárias, sobre os valores dos créditos vinculados aos documentos de legitimação.”

VII – No caso, a exemplo do que ocorreu anteriormente, com a edição da Portaria n.º 1.287/2017, a disposição do art. 175 do Decreto Federal n.º 10.854/21, a pretexto de regulamentar o disposto na Lei n.º 6.321/76, vênia concessa,



Câmara Municipal de Ibiracú

Estado do Espírito Santo

extrapola os limites do poder regulamentar e novamente estabelece a vedação à possibilidade de admissão de propostas de preços com taxa de administração negativa em procedimento licitatório tendente à contratação de empresa para prestação de serviços de fornecimento e gerenciamento de auxílio-alimentação, por meio de cartão eletrônico com chip, vedação esta que, a rigor, vai de encontro a um dos basilares princípios da licitação pública, que é a obtenção da proposta mais vantajosa.

VIII – Com efeito, o auxílio-alimentação da Câmara Municipal de Ibiracú foi implantado pela Lei Municipal n.º 2728, de 17/10/2006 e, *máxima vênia*, não se enquadra no Programa PAT e, destarte, não são aplicáveis as regras do mesmo. As normativas do PAT - Programa de Alimentação do Trabalhador, regulam a atuação entre a empresa prestadora e a empresa beneficiária e, portanto, tendo em vista trata-se a Câmara Municipal de Ibiracú, de pessoa jurídica de direito público, cuja regulamentação própria sobre o auxílio alimentação está inserida na lei municipal suso mencionada, as regras daquele (PAT) não se aplicam a este (auxílio-alimentação da CMI).

IX – Por outro lado, a Administração Pública encontra-se vinculada aos princípios constitucionais insculpidos no art. 37, caput e, também, ao disposto em seu inciso XXI, ou seja, aos preceitos que regem as licitações públicas - Lei n.º 8.666/93 - que, em seu art. 3º expressa um de seus objetivos maiores que é o da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

X - A vantajosidade determinada no art. 3º da Lei das Licitações espelha basicamente a busca por contratação que seja tanto economicamente mais vantajosa - *menor gasto/custo* - quanto que assim o seja qualitativamente - *melhor gasto* - e é exatamente em função desse prisma que a possibilidade de utilização de taxa negativa pela administração se revela pertinente, conforme já assentado, inúmeras vezes, tanto pelas Cortes de Contas, quanto pelo Judiciário brasileiro.

XI – Com efeito, ainda quando vigente a Portaria n.º 1.287/2017, do Ministério do Trabalho, em inúmeras ocasiões, o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo (TCEES), em questionamentos sobre a aceitabilidade da taxa negativa, se posicionou sobre a matéria, sendo certo que por ser aplicável, *máxima vênia*, referida compreensão sobre a questão, também em relação ao disciplinado no art. 175 do Decreto n.º 10.854/21, oportuna é a sua transcrição, *in verbis*:

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

Verifica-se dos argumentos apresentados pela LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTOES LTDA que a base da sua argumentação remete à PORTARIA 1.287/2017 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO.

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

up
④



Câmara Municipal de Ibiracú

Estado do Espírito Santo

Assim, considerando que nenhuma administradora de cartão poderia oferecer taxa menor que 0% (zero por cento), ocorreu um empate de todas as proponentes do leilão. Assim, a representante, complementa sua argumentação informando que por ser uma microempresa / empresa de pequeno porte, gozaria de benefícios da legislação específica, de modo que o sorteio entre as empresas empatadas somente poderia conter empresas classificadas como ME ou EPP.

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

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

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

Em seu voto, o relator **Benjamin Zymler** asseverou:

Cuidam os autos de representação, oferecida pelo Ministério Público junto a esta Corte (MPTCU), noticiando possíveis irregularidades na Portaria 1.287/2017 do Ministério do Trabalho (MTb), alusiva à operacionalização do Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT).

2. Em linhas gerais, a norma proíbe que as empresas administradoras de vales e cartões de alimentação negociem com seus clientes preços inferiores ao valor nominal dos créditos a serem distribuídos aos trabalhadores beneficiários. Exemplificativamente, se determinada empresa deseja distribuir a seus empregados tíquetes alimentação no valor de R\$ 100,00, esse mesmo valor – pela Portaria – deverá ser o preço mínimo a ser cobrado pelo serviço por parte da empresa administradora. Atualmente, devido à concorrência existente no setor, são oferecidos descontos que podem superar os 5%, ou seja, no mesmo exemplo, pelos R\$ 100,00 em tíquetes, a empresa contratante poderia pagar à administradora algo em torno de R\$ 95,00.

3. Para o Ministério do Trabalho, a vedação se justificaria porque a prática de taxas negativas – estratégia comercial utilizada para atrair grandes clientes – causa prejuízo aos trabalhadores, porquanto as empresas operadoras do serviço, para se compensar dos "descontos" oferecidos aos contratantes (empregadores), passam a cobrar mais de



Câmara Municipal de Ibiracú

Estado do Espírito Santo

seus varejistas credenciados (restaurantes, supermercados), que, por sua vez, "repassam tais custos aos trabalhadores [via aumentos de preços], reduzindo, ao final, o poder de compra dos vales".

4. O MPTCU, por sua vez, **ênfatizando a inexistência de previsão legal para a proibição**, bem assim a aparente ausência de "estudos que apontem e quantifiquem – ou, ao menos, estimem – eventual redução do poder de compra do trabalhador em decorrência da prática de taxas negativas, **tampouco que a sua vedação, por si só, seria medida apta e necessária a coibir as alegadas distorções**", afirma que a Portaria MTb 1.287 constitui:

"ato administrativo normativo proibitivo ofensivo à legalidade (art. 5º, inc. II, da CF) e à razoabilidade e proporcionalidade (art. 2º da Lei 9.784/1999), por se mostrar aparentemente desprovido de evidências quanto à sua adequação para o afinamento dos resultados objetivados, quanto à sua necessidade, assim entendida como a ausência de medida alternativa tão ou mais eficaz e menos onerosa, e mesmo quanto à proporcionalidade em sentido estrito entre o ônus imposto aos empregadores participantes do PAT e os ganhos potenciais ao poder de compra do trabalhador, já que não se verificou qualquer estimativa a esse respeito. Se, ao contrário, ocorreram tais estudos de que ora se questiona, o ato, no mínimo, carece da devida motivação, nos termos dos arts. 2º, 29, § 1º, e 50, inc. I e § 1º, da Lei 9.784/1999" (destaques do original).

5. Em particular, preocupa o Parquet "o fato de a Portaria 1.287/2017 não ressaltar da sua incidência contratos já celebrados, em especial contratos administrativos e outros contratos sujeitos, ainda que parcialmente, a regime jurídico de direito público", motivo pelo qual requer, cautelarmente, que se determine ao Ministério do Trabalho que **"se abstenha de exigir a observância da Portaria 1.287/2017 em relação aos contratos da administração pública federal e das entidades do Sistema S já celebrados na data de entrada em vigor da citada portaria, divulgando essa determinação entre os empregadores credenciados no PAT"**.

6. Na instrução do feito, a Secretaria de Controle Externo da Previdência, do Trabalho e da Assistência Social (SecexPrevi) manifesta-se favoravelmente ao deferimento do pedido.

7. Nesse contexto, vislumbrando presentes, na espécie, os requisitos do fumus boni iuris e do periculum in mora, concedi, no dia de ontem (17/7/2018), fundado nas razões expostas no despacho transcrito no relatório precedente, a medida cautelar na extensão pleiteada pelo representante."

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



Câmara Municipal de Ibiracú

Estado do Espírito Santo

É prática comum da Administração tais taxas, razões pelas quais sugere-se recomendação ao Município de Rio Bananal para que avalie a adoção de taxa negativa, considerando que a competitividade será melhor promovida caso seja permitido o desconto, bem como a Administração poderá obter uma proposta mais vantajosa." (TCEES, Processo n.º 06161/2018-1, Acórdão 00638/2019-9 – Primeira Câmara, Instrução Técnica Conclusiva n.º 02931/2018, julg. 22/05/2019)

XII – Referido entendimento restou replicado em diversos outros julgados do TCEES, a exemplo dos seguintes: Processos: 00644/2019-7, 00671/2019-4 (Acórdão 00940/2019-9 – Primeira Câmara) e Processo: 06160/2018-5 (Decisão 01837/2018-1).

XIII – Importa ressaltar que no âmbito do TCU há posição consolidada sobre a possibilidade de se praticar taxa negativa nos contratos administrativos, desde a década de 90 (Decisão 38/1996 – Plenário). Mais recentemente reforçam essa tese os Acórdãos n.ºs 1556/2014, 2.004/2018, 1.488/2018, 316/2019, todos do Plenário, e o Acórdão n.º 6515/2018 – 2ª Câmara, publicados após a Portaria n.º 1.287/2017. Especificamente em relação à própria Portaria n.º 1.287/2017, o TCU publicou o Acórdão n.º 1.623/2018/TCU/Plenário - mencionado nas decisões do TCEES, conforme anteriormente transcrito - , no DOU de 30/07/2018, através do qual determinou ao Ministério do Trabalho, em caráter liminar, a suspensão da aplicabilidade da Portaria, alegando que ela interfere na ordem econômica, restringindo a competitividade do setor de vales alimentação e mitiga a aplicação de legislação de contratações públicas, que busca a economicidade e o melhor preço.

XIV - Após, em 14/11/2018, o TCU emitiu o Acórdão n.º 2619/2018 – Plenário, no qual determinou a anulação da Portaria n.º 1.287/2017, que veiculava exatamente a vedação agora reiterada pelo Decreto n.º 10.854/21. Confira-se a sua conclusão, in verbis:

"Acórdão:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, com fulcro no art. 237, inciso VII e parágrafo único, do Regimento Interno, e diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente representação para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. **determinar ao Ministério do Trabalho que, nos termos do art. 45 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, promova, no prazo de 15 (quinze) dias contado a partir da ciência desta deliberação, a anulação da Portaria MTb 1.287/2017;**

9.3. dar ciência desta deliberação ao Ministério do Trabalho e ao representante;

9.4. autorizar o oportuno arquivamento dos autos." [sem grifos no original]

XV - Ainda nessa esteira - de negar efetividade à vedação da adoção da taxa negativa nas contratações públicas -, sobretudo ante o então teor da Portaria MTE



Câmara Municipal de Ibiracú

Estado do Espírito Santo

n.º 1287/2017 que, a rigor, se repete no Decreto Federal n.º 10.854/2021, o Ministro Og Fernandes, nos autos do Mandado de Segurança n.º 24174/DF, não obstante a posterior decisão da Primeira Seção do STJ concluir pelo descabimento do MS ante o impeditivo da Súmula 266/STF, proferiu decisão inicial com percuciente análise da questão, aduzindo o seguinte, *in verbis*:

"Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pela Companhia Paranaense de Energia e outras contra ato do Ministro de Estado do Trabalho consistente na edição da Portaria MTE 1.287, de 27/12/2017, a qual impediu a adoção de taxas de administração negativas nas contratações firmadas entre as pessoas jurídicas beneficiárias do Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT e os operadores dos vales alimentação e refeição. [...]"

Em juízo de cognição sumária, entendo que são relevantes os argumentos trazidos pelas impetrantes a respeito dos vícios da Portaria que proibiu a aplicação das taxas de administração negativas às empresas beneficiárias.

A observância das cautelas previstas na Portaria 1.127/2003 e na Portaria Interministerial 6/2005 para a fixação do regramento aplicável ao Programa de Alimentação do Trabalhador - a exemplo do debate das alterações normativas perante a Comissão Tripartite Paritária e pelo respectivo Grupo Técnico - é importante para que haja o necessário equilíbrio entre os interesses envolvidos em questão, tendo em vista tratar-se de matéria sensível e capaz de produzir relevantes impactos sociais.

A ausência de maior discussão durante o processo de elaboração da norma em avilte encontra-se corroborada no trecho citado da Nota Técnica 45/2018, quando se afirma que a Portaria 1.287/2017 não foi submetida ao debate pelas comissões competentes haja vista a necessidade de se atender demanda das próprias empresas que atuam no segmento de benefícios ao trabalhador. Nesse ponto, impressiona-me a ausência de justificativa relacionada aos eventuais benefícios da alteração normativa proposta em favor do próprio funcionamento do PAT e dos interesses dos trabalhadores a serem albergados pelo referido ato.

Por outro lado, a taxa de administração é apenas uma das fontes remuneratórias das sociedades empresárias que atuam na intermediação dos serviços de vale-refeição e vale-alimentação, considerando-se que tais agentes também ganham rendimentos decorrentes de aplicações financeiras da parcela que lhes é antecipada pelos contratantes, bem como da cobrança realizada dos estabelecimentos credenciados.

Desse modo, a prática comercial que se utiliza da taxa de administração negativa, nesse primeiro exame, não me parece despida de racionalidade econômica, haja vista a existência de outros rendimentos compensatórios que viabilizam a atividade. Cuida-se, por outro viés, de medida compreendida na área negocial dos interessados, a qual fomenta a competitividade entre as empresas que atuam nesse mercado.



Câmara Municipal de Ibiracú

Estado do Espírito Santo

Em razão disso, a proibição da utilização desse mecanismo por meio de uma portaria editada pelo Ministério do Trabalho - órgão do governo federal cuja missão institucional anunciada no seu sítio eletrônico é "tratar das políticas e diretrizes para a geração de emprego e renda e de apoio ao trabalhador; das políticas e diretrizes para a modernização das relações do trabalho; da fiscalização do trabalho, inclusive do trabalho portuário; da política salarial; da formação e desenvolvimento profissional; da segurança e saúde no trabalho; política de imigração e cooperativismo e associativismo urbanos" - ao menos nesse exame inicial, está em descompasso com o papel que lhe cabe na gestão pública.

Saliente-se, portanto, que, no âmbito dos contratos firmados com a Administração Pública, o Plenário do Tribunal de Contas da União já reconheceu a legalidade da taxa de administração negativa 'por não estar caracterizado, a priori, que essas propostas sejam inexecutáveis, devendo ser averiguada a compatibilidade da taxa oferecida em cada caso concreto, a partir de critérios objetivos previamente fixados no edital' (Acórdão 38/1996, Rel. Ministro Adhemar Paladini Ghisi)".

XVI - Destarte, entende-se que a vedação editalícia à Taxa de Administração inferior a zero geraria, potencialmente, um maior custo para a Câmara Municipal, violando-se o princípio da economicidade e da seleção da proposta mais vantajosa.

XVII - A propósito, vênia concessa, a vedação imposta pelo art. 175, do Decreto Federal n.º 10.854/21, de não se poder exigir ou receber qualquer tipo de deságio ou imposição de desconto sobre o valor contratado implica, a contrario sensu, admitir a previsão de percentual mínimo referente à taxa de administração (0,00%), o que contraria a regra legal prevista no art. 40, inciso X, da Lei n.º 8.666/1993.

XVIII - A propósito da questão, confira-se a recente decisão proferida pelo e. STJ, nos autos do REsp n.º 1.840.113/CE, julgado sob a sistemática de Recurso Repetitivo em 23/09/2020, com trânsito em julgado em 09/02/2021, Rel. Min. Og Fernandes in verbis:

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

1. O objeto da presente demanda é definir se o ente público pode estipular cláusula editalícia em licitação/pregão prevendo percentual mínimo



Câmara Municipal de Ibiracú

Estado do Espírito Santo

referente à taxa de administração, como forma de resguardar-se de eventuais propostas, em tese, inexequíveis.

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

3. Conforme informações prestadas pelo Núcleo de Gerenciamento de Precedentes deste Tribunal, "quanto ao aspecto numérico, a Vice-Presidência do Tribunal de origem, em auxílio a esta Corte, apresenta às e-STJ, fls. 257-264, listagem com 140 processos em tramitação nas Câmaras de Direito Público ou no Órgão Especial do Tribunal cearense em que se discutem a mesma controvérsia destes autos. Não obstante, é possível inferir haver grande potencial de repetição de processos em todo o território nacional em virtude da questão jurídica discutida nos autos relacionada ao processo licitatório e à possibilidade de a administração fixar valor mínimo de taxa de administração". Tudo isso a enfatizar a importância de que o STJ exerça sua função primordial de uniformizar a interpretação da lei federal no Brasil, evitando que prossigam as controvérsias sobre matéria de tão alto relevo e repercussão no cotidiano da Administração Pública em seus diversos níveis, com repercussão direta nos serviços prestados à população e na proteção dos cofres públicos.

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

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

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

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

8. Nos moldes da Súmula 331/TST, a responsabilidade da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada é subsidiária. A efetiva fiscalização da prestadora de serviço quanto ao cumprimento das obrigações contratuais e legais – especialmente o adimplemento dos encargos trabalhistas, previdenciários e fiscais – afasta a responsabilização do ente público, diante da inexistência de conduta culposa. Não é necessário, portanto, fixar-se um percentual

Handwritten signature and initials.



Câmara Municipal de Ibiracú

Estado do Espírito Santo

mínimo de taxa de administração no edital de licitação para evitar tal responsabilização.

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

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

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

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

XVIII – Acerca do tema em questão, confira-se, ainda, os ensinamentos do renomado jurista *Joel de Menezes Niebuhr*, que assim leciona, *in verbis*:

"O art. X do artigo 4º da Lei 10.520/20021 prescreve que no pregão o tipo de licitação é o de menor preço. Não admite qualquer outro. Entretanto, menor prego e maior preço guardam a mesma essência. Em tese, a disputa de menor preço pode alcançar o valor zero. E se chegar a zero, pode haver inversão, e os licitantes passarem a oferecer valores à Administração pelo contrato. Dal, possa a maior lance ou oferta. No entanto, a essência é a mesma, o melhor preço. Apenas muda o sinal, positivo ou negativo, dependendo da perspectiva. Não há diferença substancial. Então, é viável defender o que se vem chamando de pregão negativo por meio de interpretação sistêmica. É conveniente destacar que o Tribunal de Contas da União reconheceu como legítimo o pregão negativo, o que dá conforto aos agentes administrativos que pretendem realiza-lo... A Administração Pública padece porque não incentiva a criatividade, a busca de soluções que satisfaçam o interesse público. É preciso fomentar a criatividade, tudo sempre com amparo no ordem jurídica. O pregão negativo é exemplo disto, de ousadia, de criatividade, visando o melhor para a Administração Pública, sem violentar qualquer princípio jurídico." (NIEBUHR, Joel de Menezes. Pregão presencial e eletrônico, 6.º ed. Ver. e ampl., Belo Horizonte: Fórum, 2011. Pag. 60 e 61)

XIX – Assim, em regra, a contratação de empresa especializada para prestação de serviços de fornecimento e gerenciamento de auxílio-alimentação, por meio de cartão eletrônico com chip para os servidores públicos, deve se submeter ao pertinente procedimento licitatório, de acordo com as regras insculpidas na Lei n.º 8.666/93 e na Lei n.º 10.520/2002. Portanto, as regras inseridas pela Lei nº 6.321/76 e suas regulamentações, inclusive o Decreto Federal n.º 10.854/21, que estabelece regras para sua execução, somente se subsumem às pessoas jurídicas credenciadas e beneficiárias do correlato programa, o que não é o caso da Câmara Municipal de Ibiracú.

XX – Portanto, entende-se que o óbice destacado pela empresa impugnante não procede, sendo que o edital em testilha, no ponto específico – previsão de critério de julgamento pela menor taxa/desconto, inclusive negativa – segue à risca as normas e orientações estabelecidas pelos órgãos de controle, figurando o método de contratação, inclusive, o que melhor representa a eficiência almejada na contratação desse tipo de serviço.



Câmara Municipal de Ibiracú

Estado do Espírito Santo

XXI – No que pertine à alegação de que o procedimento de pagamento previsto no edital descaracteriza a natureza pré-paga do benefício, importa destacar que para tal alegação, aplica-se o mesmo entendimento, ou seja, de que as regras inseridas pela Lei nº 6.321/76 e suas regulamentações, inclusive o Decreto Federal nº 10.854/21, que estabelece regras para sua execução, somente se subsumem às pessoas jurídicas credenciadas e beneficiárias do correlato programa, o que não é o caso da Câmara Municipal de Ibiracú.

XXII – Nada obstante, ainda que assim não fosse, a norma constante do art. 175, caput, do Decreto Federal nº 10.854/2021, assim prescreve, in verbis:

*"Art. 175. **As pessoas jurídicas beneficiárias**, no âmbito do contrato firmado com fornecedoras de alimentação ou facilitadora de aquisição de refeições ou gêneros alimentícios, **não poderão exigir** ou receber qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado, **prazos de repasse que descaracterizem a natureza pré-paga dos valores a serem disponibilizados aos trabalhadores**, ou outras verbas e benefícios diretos ou indiretos de qualquer natureza não vinculados diretamente à promoção de saúde e segurança alimentar do trabalhador."*

XXIII – Portanto, o que a norma busca impedir é que se estabeleça prazo de repasse de forma desarrazoada, descaracterizando a natureza pré-paga dos valores, o que não significa, *máxima vênia*, que se deva antecipar o pagamento sem a correspondente contraprestação. Deve-se estabelecer prazo razoável entre a disponibilização do benefício e o efetivo repasse.

XXIV – Ademais, a regra estabelecida no referido decreto deve ser entendida em consonância com as disposições previstas no art. 62 da Lei nº 4.320/64 e art. 65, II, "c", da Lei nº 8.666/93. Confira-se:

*"Art. 62. **O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.**" (Lei nº 4.320/64)*

*"Art. 65. **Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:***

(...)

*II - **por acordo das partes:***

(...)

*c) **quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes**, mantido o valor inicial atualizado, **vedada a antecipação do pagamento**, com relação ao cronograma financeiro fixado, **sem a correspondente contraprestação** de fornecimento de bens ou execução de obra ou **serviço.**" (Lei nº 8.666/93)*



Câmara Municipal de Ibiracú

Estado do Espírito Santo

XXIV – Portanto, entende-se que não se mostra pertinente a pretensão da empresa impugnante no sentido de que o carregamento dos créditos nos cartões deve ocorrer após o repasse da Câmara Municipal, antecipando-se o pagamento à empresa gestora do benefício.

XXV – Nada obstante, entende-se que a previsão contida no item "12.1" do Termo de Referência constante do edital, que prevê o pagamento à empresa Contratada, uma vez satisfeitas as condições estabelecidas para a contratação, até o 15º (décimo quinto) dia útil após a apresentação da Nota Fiscal, deve ser revista para reduzir esse prazo para até 03 (três) dias úteis após a regular apresentação da Nota Fiscal e demais documentos pertinentes, o que se mostra absolutamente razoável e proporcional e não descaracteriza, a rigor, a natureza pré-paga dos valores a serem disponibilizados aos servidores.


04.

CONCLUSÃO:

I – Em razão dos fundamentos expostos, conhece-se da impugnação apresentada, por ser tempestiva e, no mérito, em atenção aos princípios da legalidade estrita, da economicidade, da supremacia do interesse pública e da seleção da proposta mais vantajosa nos procedimentos licitatórios, decide-se, pelo indeferimento da presente impugnação, nos termos em que fora formalizada, resolvendo-se, todavia, de ofício, rever a previsão contida no item "12.1" do Termo de Referência constante do edital (e disposições dele decorrentes), que prevê o pagamento à empresa Contratada, uma vez satisfeitas as condições estabelecidas para a contratação, até o 15º (décimo quinto) dia útil após a apresentação da Nota Fiscal, para o fim de reduzir esse prazo para até 03 (três) dias úteis após a regular apresentação da Nota Fiscal e demais documentos pertinentes, nos termos da fundamentação supra.

II – Dê-se ciência à empresa Impugnante e junte-se a presente decisão aos autos respectivos, procedendo-se com as demais formalidades de publicidade determinadas em lei, republicando, inclusive, o edital retificado, com nova data para sua abertura, de acordo com as regras legais.

Ibiracú-ES, em 22 de dezembro de 2021.


ANGELA MARIA TINTORI POLEZELI
Pregoeira Oficial


CLAUDIO CALIMAN
Procurador Legislativo