



JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO DE EDITAL

Pregão 002/2019

Processo administrativo 086/2019

OBJETO: Contratação de Empresa especializada na Prestação de serviços de Fornecimento e Gerenciamento de Auxílio Alimentação, através de Cartão Eletrônico/Magnético com senha, e recarga mensal destinado à aquisição de gêneros alimentícios para os servidores ativos da Câmara Municipal de Itapemirim (CMI).

IMPUGNANTE: LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA

Julgamento de Impugnação de edital, interposto pela empresa, LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA, pessoa jurídica de direito Privado, inscrita no CNPJ/MF sob nº: 19.207.352/0001-40, com sede na Rua Fortunato Ramos, nº 245, salas nº 1207/08, Vitoria/ES, CEP: 29.056-020, em face de possíveis vícios constantes no edital do Pregão Presencial 002/2019.

Trata-se de impugnação feita pela empresa LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA protocolada no Sistema Digital da Câmara Municipal no dia 25/03/19 as 13:18h.

O cerne da peça impugnatória é referente a **permissão trazida pelo edital, das empresas participantes ofertarem propostas com taxa negativa** e também sobre **critério utilizado para julgamento das propostas**.

Antes de adentrar ao mérito da peça impugnatória e aos pontos ora suscitados, cumpre destacar que antes da elaboração do referido edital, o setor da Câmara Municipal que solicitou a contratação, buscou juntamente com a Comissão de Licitação arcabouço Legal para prosseguimento feito e elaboração do edital, dando atenção especial justamente os pontos impugnados.

Dito isto, adentremos ao mérito dos questionamentos levantados:



I – 3.A -Da violação da Lei nº 6.321/76.

Instada a ocorrência de violabilidade legal da norma supracitada, buscou-se diligente leitura e interpretação. Todavia, em toda lei não fora encontrado nenhum artigo ou comando legal que expresse de forma explícita ou implícita a proibição da possibilidade de apresentação de propostas com taxas negativas.

Não se vislumbra contrassenso na aceitação da taxa negativa nos procedimentos licitatórios da **Administração Pública**, pois essa deve buscar sempre a proposta mais vantajosa visando pautar seus atos no Princípio da Legalidade e na Lei Federal base dos procedimentos licitatórios, que é a Lei 8666/93.

*Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da **proposta mais vantajosa para a administração** e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios **básicos da legalidade**, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.(grifo nosso)*

Observa-se que o edital está alinhado ao respeito do Princípio Constitucional da Legalidade, pois ao permitir o oferecimento de propostas com taxas negativas procurou atender os comandos do Art. 3º da lei 8666/93.

Quanto ao PAT/Decreto 05/1991 não se verifica em corpo textual elementos proibitivos da aplicação de taxas negativas, razão pela qual o mesmo não encontra conexão alguma com a peça impugnatória.

Sobre a Portaria MTE nº 1.287/2017, a qual proíbe empresas prestadoras de serviço de vale refeição de praticarem taxa negativa de serviço, entendemos que ela não tem aplicabilidade no âmbito da Administração Pública, pois a mesma contrapõe a Lei Federal 8666/93. Além disso a permissão constante no documento editalício quanto a permissão das empresas participantes



do certame ofertarem taxas com percentual negativo encontra fundamento e respaldo em decisão recente do TC-ES.

Torna-se imperioso dizer que decisão do TC-ES se originou de pregão presencial feito pelo SAAE de Iconha-ES, com o mesmo objeto do edital ora impugnado. Já não bastasse essa verossimilhança, em telefonema feito a Autarquia, nos fora informado mesma participava e ainda participa do PAT.

A Portaria MTE nº 1.287/2017, que proíbe empresas prestadoras de serviço de vale refeição de praticarem taxa negativa de serviço, não tem aplicabilidade no âmbito da Administração Pública. Versam os autos sobre representação apresentada a esta Corte objetivando a suspensão do Pregão Presencial nº 05/2018, realizado pelo Serviço Autônomo de Água e Esgoto do município de Iconha - SAAE, cujo objeto era a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de fornecimento e gerenciamento de auxílio alimentação, por meio de cartão eletrônico/magnético. A possível irregularidade remeteu à aplicabilidade da Portaria nº 1.287/2017 do Ministério do Trabalho e Emprego - TEM no âmbito da administração pública, eis que seu artigo 1º veda a utilização de taxas de serviço negativa nos contratos firmados entre empresa prestadora do serviço e empresa beneficiária do Programa de Alimentação do Trabalhador. Verificou-se que, no certame em questão, a referida portaria foi aplicada, de modo que não foram apresentadas taxas menores que 0%, inviabilizando a aplicação do art. 45, I, da Lei Complementar nº 123/2006, tendo em vista que as ME ou EPP não teriam condições de cobrir a melhor proposta formulada. Ao analisar o tema, a relatora, acompanhando entendimento técnico e ministerial, observou que o Tribunal de Contas da União - TCU, em decisões recentes, já reconheceu a inaplicabilidade da portaria em tela no âmbito da Administração Pública, mencionando o Acórdão TCU nº 1623/2018-Plenário e Acórdão TCU nº 2004/2018-Primeira Câmara. Registrou, ainda, que o Poder Judiciário também já se manifestou no sentido de negar efetividade à referida portaria, colacionando decisão monocrática nos autos do mandado de segurança nº 24174/DF, em trâmite no Superior Tribunal de Justiça, destacando-se o seguinte trecho da fundamentação: “(...) 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 inexequíveis, devendo ser averiguada a compatibilidade da taxa oferecida em cada caso concreto, a partir de critérios objetivos previamente fixados no edital”. Por fim, a relatoria entendeu que a aplicação do disposto na portaria gerou óbice ao alcance da menor taxa no procedimento licitatório por parte da Administração Pública, restando evidente o primeiro requisito necessário à concessão da tutela cautelar, qual seja, o fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio (*fumus boni iuris*). Quanto ao segundo requisito, entendeu que restou configurado o *periculum in mora*, já que a manutenção da licitação, nos termos em que se



encontrava, implicaria em aparente violação à jurisprudência dos Tribunais, que sinaliza pela inaplicabilidade da Portaria MTE n.º 1287/2017 – e, por consequência, pela possibilidade de oferta de taxas negativas – no âmbito da Administração Pública, possibilitando o alcance da melhor proposta. Nesse sentido, votou por conhecer da representação e conceder a medida cautelar pleiteada, para determinar a imediata suspensão do certame. Decisão TC-1837/2018-Primeira Câmara, TC-06160/2018, relatora Conselheira em Substituição Márcia Jaccoud Freitas, publicado em 21/08/2018.

A prática de apresentação de taxas negativas está inserida no setor de Licitação há algum tempo, além do mais sua admissibilidade é matéria pacificada também no Tribunal de Contas da União.

Info 26/TCU - Pregão para contratação de fornecimento de vales-alimentação: 2 – Admissão de taxa negativa de administração Ainda no que se refere à representação de licitante que relatou possíveis irregularidades no Pregão Sebrae/GO nº 6/2010, conduzido pelo Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas do Estado de Goiás – Sebrae/GO, com o objetivo de contratar empresa especializada no fornecimento de vales-alimentação e vales-refeição, por meio de cartão magnético, para os colaboradores da entidade, também seria irregular, para a representante, a vedação editalícia de que a taxa de administração fosse negativa, uma vez que a renda obtida pelo particular em decorrência do serviço licitado proviria de diferentes fontes, não se restringindo à taxa de administração. Em seu voto, o relator destacou a providência do Sebrae/GO de determinar o cancelamento do pregão, com o intuito de adequar a licitação à jurisprudência do TCU que admite a taxa negativa em licitações para a contratação de serviços de fornecimento de vales-alimentação e vales-refeição. O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente, em parte, a representação e expediu determinações corretivas ao Sebrae. Acórdão n.º 1757/2010-Plenário, TC-010. 523/2010-3, rel. Min. Raimundo Carreiro, 21.07.2010.

14. Nas licitações voltadas à contratação de fornecimento de vale refeição ou alimentação, a taxa de administração pode corresponder a um valor zero ou ser negativa, uma vez que as empresas contratadas, além da taxa de administração recebida do poder público, são remuneradas por outras fontes, como, por exemplo: (14.1) o resultado das aplicações financeiras do montante recebido da administração pública (correspondente aos benefícios a serem repassados aos servidores públicos na forma de vale refeição ou alimentação) no período compreendido entre a sua disponibilização pela administração pública e o seu repasse ao estabelecimento comercial credenciado; e (14.2) “comissões” recebidas dos estabelecimentos comerciais credenciados.



Outro apontamento que deve ser considerado é que a permissão da aplicabilidade das taxas negativas, está atrelada também a práticas de mercado. Observa-se que certos objetos têm como forma de remuneração ao particular, além do valor pago a título de taxa de administração, outros montantes complementares que geram lucro, como, por exemplo, as taxas de serviços cobradas de estabelecimentos conveniados, como ocorre em contratos relativos ao fornecimento de vale-refeição/alimentação. Por essa razão é que as empresas do ramo, ao disputarem entre si nas licitações públicas, costumam praticar taxas de administração zeradas ou até mesmo negativas, o que não é irregular, consoante bem explica Marçal Justen Filho:

“5.7.3) A remuneração indireta e a questão da taxa de administração negativa: Observe-se que as ponderações acima realizadas devem ser aplicadas de modo compatível com a natureza de cada empreendimento, inclusive no tocante à existência de mecanismos adicionais de remuneração para o particular. Em diversos casos, a contratação propicia ao particular a obtenção de recursos por outras vias, o que significa a desnecessidade de a remuneração recebida superar o custo do particular. Há hipóteses, inclusive, em que se pratica uma remuneração negativa, de modo que o particular transfere recursos para a Administração (...) não se configurará, em tais casos, proposta inexecutável, ainda que o particular oferte serviços por valor igual a zero ou por valor negativo. A questão fundamental será a existência de um mecanismo de remuneração adicional, distinto do pagamento realizado pela Administração.(...) Destaque-se que, nesses casos, o valor do contrato reflete o montante dos desembolsos e não a taxa de deságio, sob pena de serem criados outros problemas além da inexecutabilidade, como qualificação econômica do licitante, valor da garantia, escolha da modalidade licitatória etc. Ou seja, não se confunde o critério de julgamento com o valor do contrato.”

A empresa trouxe no corpo da impugnação o notável ensino do doutrinador Celso Bandeira de Mello:

"Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos; **é a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade,** [...]; subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra."



Concordamos com o douto doutrinador, e aqui evidenciamos para a impugnante um dos princípios basilares da administração pública que é a **Supremacia do Interesse Público sobre o particular**. Marcos Juruena Villela Souto, nesta linha, pondera que:

Tal princípio resulta numa **posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo em relações com os particulares, nas quais assume posição de supremacia, encarnada em benefício e privilégios, com vistas ao atendimento da finalidade da Administração**. Essa supremacia autoriza, por exemplo, o uso da força sobre o particular, a imposição de tributos, a intervenção sobre a propriedade, a regulação da atividade econômica e a existência de cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos.

Atendendo o ensinamento de Celso Bandeira de Mello juntamente com o princípio acima supracitado, entende-se justo e plausível o entendimento do TC-ES, do TCU, bem como a permissão editalícia que versa sobre a possibilidade de as empresas ofertarem suposta Taxa negativa. A Câmara Municipal entendida órgão da Administração Pública e por ter suas ações diretamente vinculadas a verbas de natureza pública deve prezar pela correta aplicação do erário Público. Assim, entendemos que o TC-ES ao interpretar e emitir o entendimento de que a Portaria MTE nº 1.287/2017, não tem aplicabilidade no âmbito da Administração Pública, está em total consonância com o Princípio acima mencionado.

3.B – DA ARDILOSA PREICA DE TAXA NEGATIVA E SEU REFLEXO PREJUDICIAL AO ERÁRIOO.

Independentemente da alteração quanto ao argumento ou escopo da criação da TAXA NEGATIVA, cumpre a nós apenas arguir que não justifica as alegações trazidas pelo impugnante pois a administração procurará programas que permitam isenções e encargos sociais justamente esta deve buscar a máxima proteção e aplicação do erário público. Ademais não há que falar **em “incentivo fiscal no imposto de renda pelo lucro real, contar com a dedução do valor cedido, limitado a 4% do imposto devido”**, pois a CMI não é uma empresa.

É cediço que as empresas desse ramo de atividade têm seus lucros advindos de diversas fontes; as quais destaca-se as aplicações financeiras e o índice cobrado dos estabelecimentos comerciais a ela conveniados. Corroborando com esse entendimento o TCU emitiu recente



acórdão pronunciando que não se deve proibir o oferecimento de proposta de preço com taxa de administração zero ou negativa.

“Em licitações para operacionalização de vale-refeição, vale-alimentação, valecombustível e cartão combustível, **não se deve proibir o oferecimento de proposta de preço com taxa de administração zero ou negativa**. Entretanto, em cada caso, deve ser avaliado se a proposta com taxa de administração negativa ou de valor zero é exequível, a partir de critérios previamente fixados no edital.” (TCU - Acórdão nº 2.004/2018, Primeira Câmara. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, data da Sessão: 13/03/2018) (grifo nosso)

Assim, o fato de a empresa cotar taxa de administração negativa ou de valor igual a zero é admitida, desde que se comprove a viabilidade da proposta. No caso das empresas de administração de vale-refeição/alimentação e vale-combustível, é de conhecimento comum que a tais empresas extraem a maior parte da sua remuneração dos estabelecimentos comerciais em que os “vales” são utilizados e trocados por produtos (alimentação/refeição/combustível). Portanto, é perfeitamente crível que essas, mesmo cotando, nas licitações, taxas de administração muito baixas ou negativas consigam suportar o ônus do contrato e ainda auferirem o desejado lucro.

3.C – DA PRÁTICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Não há que se falar em improbidade administrativa pois o edital não viola nenhum princípio da administração Pública nem está em dissonância com a lei, pois como já demonstrada nos tópicos anteriores; a priori verifica-se que o edital está de acordo com os princípios da Administração Pública donde destacam-se: o da Legalidade e o da Supremacia do Interesse Público. Além disso a permissão editalícia para empresas ofereçam taxas negativas na oferta e o critério de Julgamento utilizado para o certame encontra respaldo na Lei 8666/93, Decisão TC/ES-1837/2018-Primeira Câmara, TC/ES-06160/2018, e decisões do TCU.

Posto isto, incorreria em improbidade o administrador que na elaboração do edital, não se atentasse para os comandos Legais acima citados.



03.D - DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E O CONTROLE JUDICIAL DO MOTIVO DO ATO ADMINISTRATIVO.

Nesse tópico o impugnante se manifestou nos seguintes termos, *in verbis*: *a corte de contas do Estado do Espírito Santo, data máxima vênia, NÃO TEM PODER POR SI SÓ A JURISDIÇÃO E FORÇA VINCULANTE CAPAZ DE ANULAR A EFICÁCIA, das normas que regulamentam o PAT*” e demais normas, *“Se assim fosse, estaríamos diante de flagelante violão dos poderes, POIS NÃO CABE AO R. TRIBUNAL E/OU A UM JUIZ SINGULAR LEGISLAR[...]*

Acreditamos que esse tópico deva ser arguido ou questionado junto ao Tribunal de Contas do Estado, ou seja, se a impugnante alega que o órgão seja incompetente para se manifestar quanto a matéria, que ela promova ação junto ao mesmo. O que cabe a Câmara Municipal o obedecer estritamente às orientações por ele pronunciado, seja em pareceres consulta ou em decisões e acórdãos.

Cumpramos elenar as competências do Tribunal de Contas do Estado:

Ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo (TCE-ES) **compete atuar na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial** do Estado, **municípios** e das entidades da administração direta e indireta, quanto aos **aspectos da legalidade, legitimidade e economicidade.**

É papel do TCE auxiliar a Assembleia Legislativa e Câmaras Municipais no exercício do controle externo, sem que haja qualquer subordinação ou poder hierárquico entre os órgãos.

São atribuições do TCE fixadas no artigo 71 da Constituição Federal de 1988, no artigo 71 da Constituição Estadual de 1989 e na Lei Complementar 621/2012, dentre outras:

- Apreciar as contas prestadas anualmente pelo governador do Estado, com emissão de parecer prévio a ser encaminhado para julgamento no Legislativo;
- **Emitir parecer prévio** sobre as contas dos prefeitos, e **julgar as contas** do Tribunal de Justiça, do Ministério Público e das Mesas da Assembleia Legislativa e **das Câmaras Municipais**; - **Julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta,** incluídas as



fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poderes Públicos Estadual e Municipal;

- Apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, inclusive nas fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como apreciar as concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;
- **Realizar, por iniciativa própria**, da Assembleia Legislativa ou **da Câmara Municipal**, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário;- **Fiscalizar a aplicação de qualquer recurso repassado pelo Estado a Município**, mediante convênio, acordo ou ajuste;- Aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei;
- **Prestar, quando solicitado, orientação técnica às prefeituras e Câmaras Municipais.**

DECISÃO:

Observa-se que no edital a única restrição quanto as propostas de preços trazidas pelos licitantes, se refere a proibição das empresas ofertarem propostas com taxa de administração com percentual acima de 1,66 %. Esse percentual fora auferido na etapa de pesquisa de preços. Somentamos que o edital expressa unicamente quanto à **POSSIBILIDADE DE SER APRESENTADA E TAXA NEGATIVA EM NENHUM MOMENTO EXIGE-SE QUE AS TAXAS SEJAM OFERTADAS TAIS TAXAS.**

Quanto ao critério de julgamento das propostas infere-se que este deseja alcançar a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e está em total alinhamento com o estabelecido no art. 3º, na Lei 8666/93, corroborando com a máxima primazia da eficiência administrativa.

Cabe às licitantes, assim, avaliar se é conveniente ou não participar da licitação nas condições estabelecidas no instrumento convocatório, uma vez que a Administração, ao traça-las, teve por



escopo o melhor atendimento ao interesse público, consistente na obtenção da proposta economicamente mais vantajosa.

Diante de todo exposto, opino pela improcedência total dos pontos suscitados na peça de impugnação, razão pela qual nega-lhe provimento indeferindo os pedidos.

Dê ciência da decisão à impugnante; empresa LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA, através do seu patrono, Dr. Andreotte Norbim Lanes – OAB/10.420, conforme requerido.

Itapemirim, 27 de março de 2019.

Hérico Silva Araújo
Pregoeiro