
AO ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO E EQUIPE DE APOIO DA CÂMARA MUNICIPAL DE BAIXO GUANDU

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 004/2023

PROCESSO LICITATÓRIO Nº 210/2023

IFOOD BENEFÍCIOS E SERVIÇOS LTDA (“iFood Benefícios”), pessoa jurídica de direito privado, com sede na Cidade de Osasco, Estado de São Paulo, na Avenida dos Autonomistas, nº 1.496, Bloco B, 3º andar, CEP 06020-902, inscrita no CNPJ/ME sob o nº 33.157.312/0001-62, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, tempestivamente, nos termos do PREGÃO ELETRÔNICO Nº 004/2023 (“Edital”), apresentar **IMPUGNAÇÃO** ao Edital, pelas razões a seguir expostas.

I. RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO

Trata-se de pregão eletrônico promovido pela CÂMARA MUNICIPAL DE BAIXO GUANDU, para " contratação de pessoa jurídica para prestação de serviços de fornecimento e gerenciamento de cartão alimentação para atendimento de demanda e necessidades da Câmara Municipal de Baixo Guandu, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos.”

O Edital previu o pagamento mensal será efetuado até 10 (dez) dias úteis após emissão de nota fiscal e liquidação das despesas.

II. DA FINALIDADE DO AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO CONCEDIDO DENTRO E FORA DO ÂMBITO DO PAT

Em linhas gerais, a finalidade do auxílio-alimentação, concedido dentro ou fora do âmbito do PAT, é de promover a melhoria da situação nutricional dos trabalhadores, para a consecução desse objetivo, tanto a Medida Provisória nº 1.108/2022 (art. 3º, inciso I) quanto

o Decreto nº 10.854/2021 (art. 175) vedaram a concessão de qualquer tipo de deságio ou desconto sobre o valor contratado com as fornecedoras do auxílio-alimentação. Vejamos:

“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;

II - prazos de repasse ou pagamento que descaracterizem a natureza pré-paga dos valores a serem disponibilizados aos trabalhadores; ou

III - outras verbas e benefícios diretos ou indiretos de qualquer natureza não vinculados diretamente à promoção de saúde e segurança alimentar do trabalhador, no âmbito de contratos firmados com empresas emissoras de instrumentos de pagamento de auxílio-alimentação.”

E:

“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.”

A proibição imposta, como trazido pela própria exposição de motivos da Medida Provisória, buscava privilegiar os trabalhadores que deveriam ser os beneficiários da política pública adotada, independentemente de o empregador ser ou não beneficiário do PAT.

A concessão do prazo de pagamento posterior é uma medida que certamente beneficia a empresa que contrata a fornecedora (seja ela beneficiária do PAT ou não), pois concede mais prazo à Administração Pública, pois, ao final das contas, acaba pagando por esse prazo é o consumidor final desses estabelecimentos: o trabalhador.

Veja-se que a vedação da concessão de prazo de pagamento é uma medida que visa proteger o principal interesse público tutelado pela concessão do benefício de alimentação: melhoria da situação nutricional dos trabalhadores. Assim, ainda que a Câmara não seja registrada como beneficiária do PAT, o serviço que a empresa busca contratar – fornecimento de vale-alimentação – busca atender os interesses dos trabalhadores, que são,

sem sombra de dúvida, melhor tutelados quando tal contratação não envolve a concessão de prazo de pagamento.

Conclui-se, portanto, que independentemente do fato da Câmara não ser beneficiada no âmbito fiscal pelo benefício concedido, a adoção de prazo de pagamento póstumo viola o direito daqueles que deveriam ser os beneficiados pela contratação promovida: seus funcionários.

Importante atentar ao fato de que a contratação de empresas para fornecimento de meio de aquisição de refeições não se trata de uma contratação regular em que se busca aferir apenas a proposta mais vantajosa à administração pública. Aqui, estamos diante de um caso em que o interesse primordial e superior que deve ser preservado é o do trabalhador. Isso porque, a administração pública não está contratando um serviço ao seu favor, mas em favor de seus servidores, ou seja, de seus trabalhadores.

A questão não pode, portanto, ser analisada sob a mesma ótica que usualmente se analisam as demais contratações promovidas pela administração pública. Deve-se privilegiar o verdadeiro interesse público que está sendo tutelado pela contratação: o dos trabalhadores.

III. DA ADOÇÃO DE PRAZO DE PAGAMENTO PÓSTUMO

Ainda há no edital a previsão de pagamento póstumo à prestação de serviços, em desalinho com as mesmas regras citadas acima, cujas razões passaremos a descrever de modo mais didático. Vejamos a previsão insculpida no instrumento convocatório:

“12. FORMA DE PAGAMENTO

“12.1 - O pagamento será feito em favor da empresa CONTRATADA, por meio de Ordem Bancária em conta corrente por ela indicada, após a apresentação a Câmara Municipal de Baixo Guandu, da Nota Fiscal de Serviço Eletrônica, sem emendas ou rasuras, dos documentos de regularidade fiscal exigidos pela Lei nº 14.133/2021 e da declaração de Requisição do pagamento.

12.2 - As Notas Fiscais, depois de conferidas e visadas, serão encaminhadas para processamento e pagamento em até 10 (dez) dias úteis, após ser atestada/liquidada pelo fiscal do Contrato; ...”

Atualmente a legislação vigente que regula o funcionamento do PAT (Lei nº 6.321/1976, alterada pela Lei nº 14.442/2022 e Decreto nº 10.854/2021) veda de forma expressa quaisquer prazos de repasse ou pagamento que descaracterizem a natureza pré-paga dos valores a serem disponibilizados aos empregados.

Apesar da existência dessa vedação, o Edital prevê de forma expressa que o repasse/pagamento valores devidos a título de benefício ocorrerá apenas após a disponibilização desse saldo pela própria facilitadora, em evidente afronta ao que prevê a legislação setorial sobre o tema.

A previsão editalícia conferida pelo órgão, apesar de aparentemente ser favorável, é, na realidade, contrária, não apenas ao que expressamente dispôs o texto legal, mas aos interesses dos trabalhadores, das empresas facilitadoras e da própria Administração Pública, como veremos minuciosamente mais adiante.

III.I. IMPOSSIBILIDADE DE PAGAMENTO POSTERIOR QUE DESCARACTERIZE A NATUREZA PRÉ-PAGA DO BENEFÍCIO

O modelo negocial largamente utilizado entre as Empresas Prestadoras de Serviço e as Empresas Beneficiárias durante os mais de 40 anos de vigência do PAT, foi pautado em um fator combinado de oferta de prazo de pagamento (1) e taxa de administração negativa (2).

A utilização em larga escala deste modelo, financeiramente não se sustenta entre as empresas Prestadoras de Serviços de Alimentação Coletiva (atualmente denominadas facilitadoras), visto que nenhuma empresa se mantém ofertando descontos e longos prazos de pagamento para as beneficiárias (no caso a Câmara), não recebendo qualquer valor pela prestação de seus serviços.

No entanto, tal sistemática só tornou-se possível pois a receita das empresas Prestadoras de Serviços de Alimentação Coletiva advém, em boa parte, do valor que é cobrado dos estabelecimentos credenciados mensalmente a título de taxa.

Em outras palavras, o estabelecimento se credenciava à Operadora, que lhe cobrava uma taxa sobre suas vendas e lhe impunha um prazo de reembolso para receber os valores gastos pelo trabalhador com o cartão da Operadora.

Por sua vez, e considerando a lógica do mercado, a imposição de altas taxas de administração aos estabelecimentos credenciados, os levam a repassar tais custos nos produtos ofertados, aumentando o preço das refeições prontas e/ou do gênero alimentício, cujo preço é pago pelo usuário.

Não se pode negar, que na composição das cobranças dos estabelecimentos credenciados estão contempladas as taxas negativas ofertadas aos seus clientes, sejam eles públicos ou privados.

Ainda, considerando que o objeto licitado é um programa social, é importante frisar que sob a ótica do trabalhador, a disponibilização dos créditos nos cartões sempre ocorreu de forma antecipada, ou seja, os créditos sempre foram disponibilizados nos cartões aos usuários de forma antecipada ao mês de referência, não havendo qualquer inovação legal trazida pela nova legislação.

Repisando, não há inovação legal quanto ao caráter pré-pago do benefício a ser disponibilizado ao usuário, e, tal situação não poderia ser diferente, exatamente, como dito, pelo caráter social empregado ao Programa de Alimentação do Trabalhador; de sorte que as negociações quanto ao prazo de pagamento e taxa negativa sempre ocorreram no âmbito da empresa beneficiária e empresa operadora (atual facilitadora).

Assim, considerando modernização das relações sociais, a vinda de novos *players* no mercado, e o latente prejuízo do trabalhador com o modelo de negócio operado entre as empresas prestadoras de serviço; levaram o Governo a criar um arcabouço legislativo com o fito de aprimorar as regras existentes às mudanças tecnológicas e sociais, assim como estancar os prejuízos que o modelo de negócio instituído trazia aos trabalhadores; voltando assim, a tutelar o bem protegido pelo PAT e estimulando a ampla concorrência.

Dados setoriais divulgados pelo Ministério do Trabalho (pat.mte.gov.br/relatorios2008/RelPrestadoraTrabalhadores.asp) demonstram que apenas três empresas “tradicionais” concentram cerca de 77% (setenta e sete por cento) do mercado atualmente no âmbito da concessão nos moldes do Programa de Alimentação do Trabalhador

("PAT"), a abertura de mercado e a regulação das regras foi necessária, considerando o oligopólio instituído.

Sente sentido, considerando o escopo de atuação comercial deste segmento e seu inerente prejuízo à ampla concorrência e ao trabalhador, desvirtuando o intento inicial do legislador, o Governo editou Medida Provisória sobre o tema, tornando-se então ao que temos vigente hoje: a Lei nº 14.442/22 e o Decreto nº 10.854/21.

É importante ressaltar que desde a publicação da nova normatização do Programa de Alimentação do Trabalhador, as empresas facilitadoras estão operando no mercado nos moldes estabelecidos pela legislação (Decreto e Lei), ou seja: com o pré-pagamento.

IV. DAS VEDAÇÕES EXPRESSAS PREVISTAS NO TEXTO LEGAL

Após o breve contexto histórico trazido supra, passa-se a demonstrar as razões pelas quais não há espaço no texto legal que regulamenta a temática para qualquer tipo de semântica que vise desvirtuar a mens legis das recentes alterações legislativas.

Analisando a Lei nº 14.442/22 e o Decreto nº 10.854/21, observamos que a vedação legal encontra-se inserida no âmbito das tratativas comerciais entre **beneficiária e facilitadora**, sendo incluído no mesmo artigo não só a impossibilidade da imposição de deságio (taxa negativa) assim como vedando prazos de repasse e pagamento que **descaracterizem a natureza pré paga** do benefício. Vejamos:

Previsão da Lei 14.442/22:

"Art. 3º **O empregador, ao contratar pessoa jurídica para o fornecimento do auxílio-alimentação** de que trata o art. 2º desta Lei, **não poderá** exigir ou receber:
I - qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado;
II - **prazos de repasse ou pagamento que descaracterizem a natureza pré-paga dos valores** a serem disponibilizados aos empregados; ou
III - outras verbas e benefícios diretos ou indiretos de qualquer natureza não vinculados diretamente à promoção de saúde e segurança alimentar do empregado, no âmbito de contratos firmados com empresas emissoras de instrumentos de pagamento de auxílio-alimentação." (grifamos)

Previsão do Decreto nº 10.854/21:

"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.” (grifamos)

A proibição de taxa negativa está inserida no mesmo artigo que a vedação do prazo de pagamento póstumo, assim, em uma análise semântica dos artigos, não há dúvidas de que a intenção do legislador é regular a forma das tratativas comerciais entre a empresa facilitadora e a empresa beneficiária, sabendo que em mais de 40 anos da existência do PAT, **o crédito sempre foi disponibilizado ao trabalhador de maneira antecipada pela facilitadora**, existindo negociação comercial apenas quanto ao prazo de pagamento dos valores correspondentes ao repasse dos créditos abatido ou acrescido da taxa de administração.

Notadamente, o legislador ao promulgar referida mudança teve o intuito de evitar que as negociações comerciais entre beneficiário e facilitadora prejudiquem o usuário final (trabalhador), parte vulnerável da relação jurídica de trabalho, considerando-se que alteração legislativa deu-se em função da observância da evolução da relações comerciais no âmbito do Programa de Alimentação do Trabalhador.

Inclusive, esta proteção e mudança de atuação das empresas fica evidente quando analisamos a exposição de motivos que embasam a legislação, o que somente reforça a total impossibilidade de serem atribuídas semânticas diversas ao texto legal.

Assim, ao analisarmos os motivos trazidos com a promulgação da legislação, vê-se que a intenção do legislador em proteger o trabalhador suprimindo prática que fomenta tal prejuízo **amolda-se às novas tecnologias do mercado, assim como a do segmento se tornam latentes**. Vejamos os trechos da EM nº 00005/2022 MTP, de 18 de Março de 2022 (https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Exm/Exm-Mpv-1108-22.pdf):

“13. O Programa de Alimentação do Trabalhador é uma política pública com 45 anos de existência. Ela foi formulada pelos Ministros do Trabalho, da Fazenda e da Saúde em 1976 com o objetivo de melhorar as condições nutricionais dos trabalhadores, principalmente das indústrias, como forma de impulsionar a produtividade e de tornar o Brasil mais competitivo no cenário internacional.

14. Inicialmente, se concebeu a política pública para incentivar as empresas, tributadas pelo lucro real, a implantarem serviços de alimentação para seus trabalhadores, oferecendo refeições com níveis nutricionais adequados. O incentivo foi feito por meio da dedução do dobro das despesas realizadas com a alimentação do trabalhador do lucro tributável para fins de imposto de renda, conforme o disposto no art. 1º da Lei 6.321, de 1976 e observado o limite legal de dedução.

15. Ao longo dos anos, no entanto, o programa foi sendo regulamentado por meio de normativos infralegais e hoje, além de oferecer alimentação por meio de serviços próprios, as empresas beneficiárias também podem contratar empresas que forneçam refeições ou cestas de alimentos em seu estabelecimento. Além disso, ainda há a possibilidade de as pessoas jurídicas beneficiárias contratarem empresas facilitadoras de aquisição de refeições e gêneros alimentícios, que são organizadas na forma de arranjo de pagamento e emitem moeda eletrônica para viabilizar os pagamentos em estabelecimentos comerciais (restaurantes e supermercados) credenciados no Programa de Alimentação do Trabalhador, popularmente chamados de vale refeição e vale alimentação.

16. Assim, o programa passou a ter um funcionamento relacionado aos sistemas de pagamento, arranjos e instituições de pagamento, hoje bastante impactados com desenvolvimento de tecnologias e inovações normativas, com abertura do mercado para gerar aumento de competitividade e eficiência. As transações comerciais por meio de dispositivos eletrônicos e pagamentos instantâneos tornou possível ao trabalhador realizar aquisições de qualquer natureza, não relacionadas à alimentação, de forma bastante facilitada. No entanto, a dedução de imposto de renda prevista nesta política pública tem a finalidade específica de promover alimentação adequada aos trabalhadores das pessoas jurídicas beneficiárias.

17. E mesmo fora do Programa de Alimentação do Trabalhador, o pagamento do auxílio alimentação, quando não realizado em dinheiro, não constitui salário e não é base de incidência para encargos trabalhistas e previdenciários, conforme estabelece o §2º do artigo 457 a Consolidação das Leis do Trabalho. Assim, o fornecimento do auxílio alimentação não pode ser utilizado para outros fins.

18. Com isso, tornou-se importante incluir na lei de referência que as despesas realizadas pelos trabalhadores beneficiários, inclusive quando viabilizadas por meio de empresas facilitadoras, devem ser utilizadas exclusivamente para o pagamento de refeições ou gêneros alimentícios.

19. Outra consequência adversa do modelo de arranjos de pagamento no âmbito do Programa de Alimentação do Trabalhador é a possibilidade de concessão de taxas negativas ou deságio, pelas empresas emissoras dos vales refeição e alimentação, às pessoas jurídicas beneficiárias que recebem isenção tributária para implementar programas de alimentação a seus trabalhadores. Essa prática deturpa a política pública ao beneficiar duplamente as empresas beneficiárias. Ao conceder taxas negativas às pessoas jurídicas beneficiárias, as empresas facilitadoras de aquisição de refeições e gêneros alimentícios equilibram essa "perda" exigindo altas taxas dos estabelecimentos comerciais credenciados, que de fato proveem a alimentação. Os trabalhadores, por sua vez, que deveriam ser os maiores beneficiários da política pública, se viram deslocados para a margem da política, enquanto as pessoas jurídicas beneficiárias ocupam o centro dela, ao ser beneficiado duplamente, com a

isenção do imposto de renda e com as taxas de deságio concedidas pelas facilitadoras contratadas.

20. A medida ora proposta visa coibir essa prática, criando a proibição de cobranças de taxas negativas ou deságio tanto no âmbito do PAT quanto na concessão do auxílio alimentação de que trata o § 2º do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho. Para implementação dessa vedação, é previsto um prazo de transição para que não ocorra insegurança jurídica em relação aos contratos vigentes.

21. Adicionalmente, propõe-se o estabelecimento de multa para os casos de execução inadequada do Programa de Alimentação do Trabalhador ou desvirtuamento das finalidades do auxílio alimentação

22. A proposta visa a equiparação na forma de pagamento entre o Programa de Alimentação do Trabalhador e o vale alimentação previsto na CLT para não gerar desequilíbrio entre as duas políticas, que possuem a mesma finalidade e são operacionalizadas de forma similar quando se trata de contratação de empresas que viabilizam arranjos de pagamento (vale refeição e vale alimentação). ...”

Vejamos, ainda, os trechos da EM nº 00014/2023 MTE (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2023-2026/2023/Exm/Exm-1173-23.pdf):

“...4. Ao longo dos anos, no entanto, o programa foi sendo regulamentado por meio de normativos infralegais e hoje, além de oferecer alimentação por meio de serviços próprios, as empresas beneficiárias também podem contratar empresas que fornecem refeições ou cestas de alimentos em seu estabelecimento. Além disso, há a possibilidade de as pessoas jurídicas beneficiárias contratarem empresas facilitadoras de aquisição de refeições e gêneros alimentícios, que são organizadas na forma de arranjo de pagamento e emitem moeda eletrônica para viabilizar os pagamentos em estabelecimentos comerciais (restaurantes e supermercados) credenciados no PAT, popularmente chamados de vale-refeição e vale-alimentação.

5. Assim, o programa passou a ter um funcionamento relacionado aos sistemas de pagamento, arranjos e instituições de pagamento, hoje bastante impactados com desenvolvimento de tecnologias (como transações comerciais por meio de dispositivos eletrônicos e pagamentos instantâneos) e inovações comerciais, com abertura do mercado para gerar aumento de competitividade e eficiência.

6. Diante dos avanços tecnológicos e comerciais relacionadas às operacionalizações dos pagamentos dos programas de alimentação, foi editada a Lei n. 14.442, de 2 de setembro de 2022, que incluiu na Lei n. 6.321, de 14 de abril de 1976, o art. 1º-A, que introduziu regras acerca da portabilidade, da interoperabilidade e da operacionalização do PAT, e impôs ao Poder Executivo a obrigação de regulamentar o assunto até 1º de maio de 2023...”

Nitidamente, o legislador, entendeu profundamente o segmento e a atuação das empresas “tradicionais”, observando que os trabalhadores, que “deveriam ser os maiores

beneficiários da política pública, se viram deslocados para a margem da política”, enquanto as pessoas jurídicas beneficiárias ocupam o centro dela, ao ser beneficiado duplamente, com a isenção do imposto de renda e com as taxas de deságio concedidas pelas facilitadoras contratadas. Situação que não poderia perdurar, motivo pelo qual a legislação de regência foi alterada, sendo incluídas as vedações necessárias.

Portanto, resta claro que o sentido da vedação trazida pelas normas não é apenas de vedar o repasse devido ao trabalhador, mas também do pagamento que é efetuado à empresa facilitadora.

E ficam claras as razões pelas quais as normas referenciadas introduziram essa vedação: a possibilidade de repasse posterior prejudica, ainda que de maneira indireta, o próprio trabalhador, tal como ocorre com a prática do chamado “desconto” ou “taxa negativa” que foi vedado também por esses dispositivos. Isso porque, ao prever que o pagamento posterior da facilitadora, a contratante subordina a essa o ônus de disponibilizar e arcar com os valores dos benefícios de seus funcionários ou servidores, instituindo uma falsa modalidade de pagamento pré-paga ao trabalhador, às custas da empresa facilitadora contratada.

Repisando, tal prática tem enorme impacto nas contas das empresas facilitadoras que prestam esses serviços, e qualquer impacto financeiro sofrido em suas contas tende a ser repassado nos custos de seus serviços, que são repassados aos valores cobrados dos estabelecimentos credenciados, da mesma forma que ocorre com a “taxa negativa”. Não é à toa que, ao vedar a prática do “desconto” ou “taxa negativa”, a justificativa utilizada pelo projeto da Medida Provisória nº 1.108/2021 (recentemente convertida na Lei nº 14.442/2022), foi justamente essa a fundamentação Deputado Federal Onyx Dornelles Lorenzoni, como citamos no tópico acima.

É importante lembrarmos que os valores dos benefícios de vale-alimentação, embora não se caracterizem como salário para fins fiscais, são valores devidos pelo empregador ou fornecedor do benefício em favor de seus trabalhadores, não sendo comum pressupor que tais valores teriam que ser arcados pela empresa facilitadora antes de que fossem efetivamente repassados pelo fornecedor do benefício. Isso se caracteriza como um falso repasse, arcado às custas das empresas facilitadoras.

O pagamento dos serviços prestados pela empresa facilitadora é cobrado por meio da taxa de administração, mas os valores devidos pela Câmara aos seus trabalhadores não se enquadram como pagamento, mas como repasse de valores devidos a título de benefício trabalhista que a Câmara optou por ofertar.

Ainda, considerando todo o cenário exposto, diversos órgãos da Administração Pública estão adequando seus instrumentos convocatórios às legislações, a título exemplificativo, podemos citar, os seguintes:

NOME DO ÓRGÃO	OBJETO	MODALIADE	DATA DA LICITAÇÃO	NÚMERO DO EDITAL
BADESUL DESENVOLVIMENTO S.A. - AGÊNCIA DE FOMENTO/RS	Vale Alimentação e Vale Refeição	Pregão Eletrônico	28/11/2022	0020/2022
FPERGS - Fundação de Proteção Especial do Rio Grande do Sul	Vale Alimentação e Vale Refeição	Pregão Eletrônico	25/11/2022	9426/2022
Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO	Vale Alimentação e Vale Refeição	Credenciamento	20/05/2022	001/ADLI-4/SEDE/2022
Companhia Energética de Minas Gerais – CEMIG	Vale Alimentação e Vale Refeição	Credenciamento	20/05/2022	500-F16425
SENAR MT - Serviço Nacional de Aprendizagem Rural - Administração Regional do Estado de Mato Grosso	Vale Alimentação	Pregão Eletrônico	13/09/2022	069/2022
JUCESP - Junta Comercial do Estado de São Paulo	Vale Alimentação e Vale Refeição	Pregão Eletrônico	17/11/2022	14/2022
SEBRAE MG	Vale Alimentação e Vale Refeição	Pregão Eletrônico	25/07/2022	14/2022
CEASA DF - Centrais de Abastecimento do Distrito Federal S/A	Vale Alimentação e Vale Refeição	Pregão Eletrônico	24/08/2022	13/2022
ARTESP-Agência Reguladora dos Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo	Vale Refeição	Pregão Eletrônico	21/10/2022	14/2022
EMDUR-Empresa de Desenvolvimento Urbano e Rural de Toledo	Vale Alimentação	Pregão Presencial	13/09/2022	65/2022
CREF3 - Conselho Regional Educação Física de Santa Catarina	Vale Alimentação e Vale Refeição	Pregão Eletrônico	07/04/2022	003/2022
Prefeitura Municipal de Jardinópolis	Vale Alimentação e Vale Refeição	Pregão Eletrônico	25/11/2022	80/2022
EMAP - Empresa Maranhense de Administração Portuária	Vale Alimentação e Vale Refeição	Pregão Eletrônico	22/11/2022	36/2022
Fundação Pró-Sangue Hemocentro de São Paulo	Vale Alimentação e Vale Refeição	Pregão Eletrônico	21/09/2022	100/2022

Portanto, diante de tudo o que foi exposto acima, resta claro que o modo de pagamento estabelecido pela Câmara, não apenas viola os dispositivos legais das normas que regulam o funcionamento do PAT, mas que também são contrários aos interesses dos trabalhadores, da Administração Pública, das empresas facilitadoras, e ainda possuem o potencial de restringir a concorrência do certame promovido.

V. DA RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE PERPETRADA PELO EDITAL

Conforme demonstrado, o tema abordado na presente impugnação extrapola o seu conteúdo específico, uma vez que a tentativa de manutenção das regras instituídas originalmente pelo Programa de Alimentação do Trabalhador, nos mesmos moldes das praticadas há 40 anos, em desconformidade com as normas atualmente vigentes, nitidamente, restringe a competitividade entre as empresas, na contramão da previsão do Legislador na alteração normativa perpetuada, e, em desacordo com os princípios de direito administrativo, uma vez que, conforme demonstraremos, a universalidade de participantes em editais que não observam as regras é significativamente menor, quando comparado com editais que seguem as premissas determinadas pela legislação.

Ao manter-se o prazo de pagamento, ou qualquer outra exigência, em desacordo com o regulamentado pelo Programa de Alimentação do Trabalhador, abre-se a possibilidade de numa fiscalização pelo Ministério do Trabalho, haver a aplicação de multa, e, até o descredenciamento tanto da empresa beneficiária quanto da empresa facilitadora.

Sob a ótica da empresa facilitadora, significa dizer que ao submeter-se sua participação no processo licitatório que está em desacordo com a legislação, e na contramão das mudanças intencionalmente promovidas pelo legislador, está se ferindo de morte sua atuação no mercado.

Assim, não há alternativa que não envolva riscos de infringência às normas legais que não seja o de retirar-se do certame o que, por conseguinte, acaba por prejudicar aqueles que deveriam ser protegidos no âmbito do PAT: o trabalhador.

A título exemplificativo, trazemos à baila a demonstração do cenário competitivo comparativo entre editais que estão integralmente adequados ao Programa de Alimentação do Trabalhador e outros os quais não se observou alguma determinação prevista naquelas legislações, que somente evidenciam o impacto direto destes instrumentos editalícios em desconformidade à legislação na restrição de competitividade:

Cenário de participantes – edital em desacordo com o PAT:

Data da licitação	Órgão	UF	Modalidade	Participantes
12/01/2022	COMPANHIA DO METROPOLITANO DO DISTRITO FEDERAL	DF	CRENCIAMENTO Nº 01/2022 - METRÔ-DF	3 empresas

09/01/2023	DESENVOLVE SP	SP	Pregão Eletrônico OC nº 203501200832022OC00017	3 empresas
09/05/2023	DOCAS SANTANA	AP	CREENCIAMENTO Nº 01/2023	2 empresas
27/01/2022	SENAR BAHIA	BA	PREGÃO ELETRÔNICO Nº 001/2022	1 empresa
26/04/2023	SEBRAE DF	DF	CREENCIAMENTO N.º 001/2023	3 empresas
14/09/2022	CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SAO PAULO	SP	Pregão Eletrônico nº 23/2022	3 empresas
26/04/2023	Secretaria de Estado de Planejamento do Estado do Rio de Janeiro	RJ	PREGÃO ELETRÔNICO PE0001/23 R1	2 empresas
09/05/2023	CAESB	DF	ChP 001/2023 - Caesb	2 empresas
24/05/2023	AMAZÔNIA AZUL DE TECNOLOGIAS DE DEFESA S.A.	DF	CREENCIAMENTO nº 01/2023	3 empresas

Cenário de participantes – edital de acordo com o PAT:

Data da licitação	Órgão	Modalidade	Participantes
10/05/23	ARSESP	Pregão Eletrônico nº 13/2023	11 empresas
09/05/2023	Prefeitura de Patrocínio Paulista	Pregão Eletrônico nº 50/2023	9 participantes
08/11/22	URBS	Pregão Eletrônico nº 40/2022	6 participantes
03/02/23	Pregão Eletrônico nº : 01/2023/CFS	Pregão Eletrônico nº01/2023/CFS	5 participantes
13/09/22	EMDUR	Pregão Presencial nº 65/2023	7 participantes

VI. DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

A título exemplificativo, trazemos a evolução de algumas decisões proferidas pelo Pleno do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que tratam da mesma matéria impugnada, a saber:

Processo TCE/SP	Data do julgamento	Conselheiro
TC-015735.989.22-0.	17/08/2022	RENATO MARTINS COSTA
TC-00023643.989.22-1	08/02/2023	ROBSON MARINHO
TC-005476.989.23-1	15/03/2023	EDGARD CAMARGO RODRIGUES
TC-6825.989.23-9	05/04/2023	RENATO MARTINS COSTA
TC-006893.989.23-6	05/04/2023	RENATO MARTINS COSTA
TC-0007434.989.23-2	12/04/2023	VALDENIR ANTONIO POLIZELI
TC-008136.989.23-3	19/04/2023	CRISTIANA DE CASTRO MORAES
TC-007673.989.23-2	03/05/2023	EDGARD CAMARGO RODRIGUES

De maneira simplista, demonstramos acima os últimos julgados do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo que trataram da mesma matéria objeto desta impugnação, em que se faz a distinção do fornecimento em duas parcelas, proibindo que o pagamento do repasse dos valores nos cartões fosse realizado após a sua disponibilização.

Colacionamos abaixo, para facilitar a leitura, alguns trechos dos entendimentos explicitados naqueles julgados.

Inicialmente, destacamos o trecho da manifestação Secretaria-Diretoria Geral (SDG) quanto à distinção entre repasse antecipado dos créditos e pagamento da taxa de administração, proferida no Processo nº 00023243.989.22-5, no âmbito da FUNDAÇÃO PROF DR MANOEL PEDRO PIMENTEL – FUNAP, opinando pela procedência do pedido de representação em função do edital prever o pagamento do repasse posterior à sua utilização:

“(…)

Quanto ao mérito da matéria, entendo, assim como meus antecessores, que a impugnação formulada na exordial se mostra procedente, pelos motivos a seguir delineados.

De início, importa ressaltar que, de acordo com a legislação que regula a concessão de auxílio alimentação aos empregados, a exemplo da Lei Federal nº 14.442/2022, o valor de referido benefício, a ser repassado pela Administração, deve ser creditado no cartão dos servidores antes da efetivação das despesas pertinentes, vedada, portanto, qualquer prática que configure pós-pagamento (reembolso de gastos).

Esta situação, no entanto, em nada se confunde com os pagamentos à Contratada pela prestação dos serviços, com base na taxa de administração proposta e que não pode ocorrer de forma antecipada, por força do disposto no artigo 65, II, “c”, da Lei Federal nº 8.666/93.

No presente caso, percebe-se que o ato convocatório não encerra regras claras, diferenciando e regulando tais aspectos, de sorte que se justifica a insurgência da Representante contra a estipulação de pagamento em 30 dias, contados da data de entrega da nota fiscal/fatura, com discriminação dos valores dos serviços prestados (Cláusula Décima da Minuta de Contrato); que realmente, ao que parece, permite o repasse a posteriori à contratada dos valores

referentes ao vale alimentação, impossibilitando que sejam disponibilizados antecipadamente os créditos nos cartões dos servidores, com a consequente descaracterização da natureza pré-paga do aludido benefício.” (grifamos)

A Unidade de Economia da ATJ, que embasou decisão pela procedência, ao opinar nos do TC-15735.989.22-0, deixando claro a impossibilidade do pagamento do repasse ocorrer após a efetivação dos créditos nos cartões. Vejamos:

“Para o presente caso, entendo que a interpretação dada pela representante ao art. 3º, inciso II, da Medida Provisória nº 1.108/22 é possível e razoável, no sentido de que considerando a natureza pré-paga dos valores a serem disponibilizados aos trabalhadores, isto é, de que o auxílio-alimentação é disponibilizado antecipadamente aos trabalhadores para que utilizem em sua alimentação, o repasse ou pagamento do montante relativo ao auxílio-alimentação também deveria ser realizado antecipadamente à pessoa jurídica contratada pelo empregador, sob pena de descaracterização da natureza pré-paga desses valores.

Essa sistemática altera profundamente a maneira em que, comumente, tem sido realizado os pagamentos nos contratos até então vigentes.

Se até agora, a praxe era de que valores do auxílio-alimentação eram disponibilizados pelas empresas operadoras aos funcionários após pedido da contratante, para pagamento posterior do montante acrescido da taxa de administração pela contratante, agora, parece-me que a Medida Provisória quer vedar esse pagamento a posteriori do montante relativo ao auxílio-alimentação pela contratante.

Portanto, a necessidade da antecipação do montante relativo ao auxílio-alimentação é decorrente da expressa vedação constante no art. 3º, inciso II, da Medida Provisória n.º 1.108, de 25/03/2022, com força de lei, sendo que as consequências para o de/cumprimento dessa vedação para as contratantes e para as contratadas, são severas.

(...)

Destarte, (...) o montante relativo ao auxílio-alimentação deveria ser repassado antecipadamente à empresa operadora, para dar cumprimento ao art. 3º, inciso II,

da Medida Provisória n.º 1.108/22, mas (...) a remuneração pelos serviços prestados pela operadora, consubstanciada na taxa de administração, deveria ser paga posteriormente, obedecendo aos prazos de pagamento previstos no art. 42 13, inciso XIV, alíneas “a” a “c”, do Regulamento de Licitações e Contratos da PRODESAN, editada com fulcro na Lei Federal nº 13.303/16”.

No mesmo sentido, há parecer do Ministério Público de Contas exarado no julgamento do TC nº 23342.989.22-5, cujos trechos também transcrevemos abaixo:

“Nesse contexto, tem-se a procedência da queixa, devendo o edital ser reformulado, a fim de estabelecer, com clareza, que o valor a ser depositado nos cartões dos servidores será repassado à contratada anteriormente à data estabelecida para o crédito nos cartões, e que o pagamento posterior, após a liquidação da despesa, ocorrerá apenas quanto à importância cobrada a título de taxa de administração.

Com isso, ante o acima exposto e do que dos autos consta, o Ministério Público de Contas, na qualidade de fiscal da lei, opina pela **procedência** da representação.”

Apontando para a mesma direção citamos o entendimento externado pelo Conselheiro Renato Martins Costa, nos autos do processo TC nº 23711.989.22-8:

“Em síntese, deflui da questão apresentada a determinação, como premissa à formação do Juízo de Controle, de qual seria o alcance da tal natureza de pré-pagamento que não deve ser abalada pela regra da disputa.

Isso, para mim, passa necessariamente pela identificação da composição nuclear das propostas comerciais e, em última análise, da formação da cláusula financeira do futuro contrato, na medida em que, ao menos em negócios jurídicos da espécie, sobressaem particularidades com repercussão certa no modelo de pagamento dos serviços prestados.

Traçando, com isso, uma abordagem mais técnica da matéria, parece muito claro que o valor desse tipo de contrato é essencialmente composto por duas variáveis, interdependentes, porém distintas no resultado.

Uma, o percentual incidente sobre aquele montante repassado, significando, portanto, a efetiva remuneração da contratada pelos serviços de gestão.

Outra, que decorre do produto do valor de face do benefício pelo número de beneficiários e quantidade de dias para o respectivo usufruto, o que assim resulta o repasse mensal a ser feito pela Administração à gestora contratada.

E é essa composição que, em respeito à norma, não pode subverter o caráter de pré-pagamento do benefício, tendo em vista, compreendo, o princípio de que a Administração antecipa o valor do crédito para que seu servidor o utilize ao longo do mês em curso.

Retornando às peculiaridades que há pouco mencionei, não vislumbro, ao menos de maneira flagrante, que tal *status* esteja corrompido ou sob ameaça de perecimento iminente.

Recorrendo à Minuta de Contrato (Anexo V) que, no Parágrafo Terceiro da Cláusula Segunda (“Das Condições de Execução dos Serviços”), expressamente dispõe que: “O CONTRATANTE disponibilizará, por meio eletrônico, os valores correspondentes de cada beneficiário (cartão), até o dia 20 do mês anterior ao da recarga dos créditos”, evidente me parece que o custeio mensal dos benefícios estará contratualmente assegurado pelo repasse antecipado, sem prejuízo, assim, do conceito de “pré-pagamento”.

E dessa forma, especificamente no que se refere à impugnação ao prazo de pagamento estabelecido a partir do item 9.5 do Termo de Referência, a regra só pode se referir ao adimplemento da Taxa de Administração, valor cuja materialidade pressupõe a execução do serviço e o correspondente faturamento.

Nesse contexto, esperar que a Administração honre essa parte da obrigação, antes que o justo título esteja aperfeiçoado na forma da fatura aprovada dos serviços prestados, seria, no mínimo, desarrazoado.

Não vejo na cláusula, portanto, qualquer desalinhamento com a natureza do benefício de vale refeição, além do que, com supedâneo no Estatuto das Licitações, o questionado prazo máximo conta com amparo legal (cf. Lei nº 8.666/93, art. 40, inciso XIV, alínea “a”).

No presente caso, tanto o item 2.2 do edital, quanto a cláusula VI da Minuta Contratual, estabelecem de forma genérica a forma de pagamento, sem distinguir os valores referentes à taxa de administração daqueles relativos aos repasses dos créditos aos servidores, o que denota afronta às normas que regem a matéria.” (Grifos no original)

Ressaltamos a manifestação do Procurador do Ministério Público de Contas João Paulo Giordano Fontes, em parecer datado de 6 de março de 2023, no autos do TC nº

00005476.989.23-1, em que reitera o entendimento quanto à distinção do pagamento pelos serviços e repasse dos valores nos cartões. Vejamos:

“Assim, e sem prejuízo de que a Administração avalie inserir cláusula na minuta contratual reforçando que o valor a ser depositado nos cartões dos servidores será repassado à contratada anteriormente à data estabelecida para o crédito nos cartões, e o pagamento posterior, após a liquidação da despesa, ocorrerá apenas quanto à importância cobrada a título de taxa de administração...”

Não é demais destacar que a Procuradoria Geral do Estado, por meio do parecer SubG Cons n.º 47/2022 e da recente e-orientação SubG-Cons. n.º 9/2022 determinaram sejam "observadas as regras que vedam deságio sobre o valor contratado, e proíbem prazos de repasse ou pagamento que descaracterizem a natureza pré-paga dos valores a serem disponibilizados aos trabalhadores, sem prejuízo da necessidade de liquidação previamente ao pagamento", proposição esta que a Procuradoria da Fazenda do Estado encontra-se vinculada por força do disposto no art. 40, inciso II da Lei Complementar Estadual n.º 1.270/15, de modo que todos os órgãos fiscalizatórios estão de acordo com a distinção entre repasse dos créditos antecipados e prazo de pagamento da taxa de administração postecipada.

Ademais, além de todas as recentes decisões colacionadas, podemos citar a decisão do Tribunal Pleno (sessão de 17 de agosto de 2022) da Corte de Contas Paulista, enfrentou o tema da aplicação das regras instituídas pela nova legislação do Programa de Alimentação do Trabalhador, definindo entendimento quanto à impossibilidade de haver prazo de pagamento póstumo à prestação de serviços, assim como pela impossibilidade de aplicação de taxa negativa em tais contratações.

Importante ressaltar que no julgado acima citado, TC 015735.989.22-0 de relatoria do Conselheiro Renato Martins Costa e presidência do Conselheiro Dimas Ramalho, se compreendeu pela necessidade de que se imponha vedação à possibilidade de oferta de taxa negativa e corrija o prazo de repasse dos valores referentes e/ou pagamento da contratada, devendo-se prevalecer as disposições contidas na Medida Provisória n.º 1.108/22, recentemente convertida na Lei n.º 14.442/2022.

Vejamos o trecho do acórdão do Plenário que expressa o entendimento da Corte de Contas que fiscaliza o fornecimento idêntico ao licitado pela Câmara, extraído do voto do Conselheiro Relator Renato Martins Costas:

“Evoluindo nossa jurisprudência sobre o tema, este E. Plenário declarou a regularidade da proibição de taxa negativa na formulação de propostas comerciais para licitação divulgada com o fim de se contratar serviços de fornecimento de vale-alimentação (cf. TC-005627.989.22-1, Exame Prévio, Sessão de 23/3/22, sob minha relatoria; e TC-009245.989.22-3, Exame Prévio, Sessão de 6/4/22, sob a relatoria do e. Conselheiro Robson Marinho).

Os debates estabelecidos nos precedentes citados evidenciaram que as regras de participação na licitação conduzida para contratação de serviços dessa natureza **não devem seguir modelagem que se antagonize ou subtraia a própria finalidade do benefício.**

Nesse sentido, a barreira de proteção da proposta comercial se justifica concretamente para que o desconto da administradora – evidentemente incluído no custo da operação – não recaia sobre o preço final da compra suportado pelo servidor, assegurando, portanto, proveito útil por parte do destinatário final.

Prevalecem, portanto, as regras da Medida Provisória nº 1.108/22, cujo texto principal foi aprovado na Câmara dos Deputados e no Senado Federal em 3 de agosto de 2022.

Igualmente, a estipulação de prazo de repasse e/ou pagamento à contratada encontra vedação no disposto no inciso II, do art. 3º da mesma Medida Provisória nº 1.108/22, devendo o instrumento ser retificado também sob tal aspecto.

Ante o exposto e alinhado aos precedentes deste E. Plenário, **acolho a unanimidade da Instrução e VOTO pela procedência da Representação, ordenando que a Prodesan – Progresso e Desenvolvimento de Santos S/A faça constar do Edital a impossibilidade de apresentação de taxa negativa nas propostas comerciais, corrigindo, ainda, o prazo de repasse e/ou pagamento à contratada, na conformidade das regras estabelecidas na Medida Provisória nº 1.108/22.”** (grifamos)

Destacamos ainda, que além da decisão supracitada, em 2023 o Plenário desta E. Corte de Contas, prolatou decisões no mesmo sentido (TC’s nº 005476.989.23-1, e, nº 006440.989.23-4), assim como verificou-se nos processos citados, manifestação do Procurador-Chefe concordando com o posicionamento exarado nas decisões liminares.

Como bem reconhecido pelos Conselheiros, a despeito do interesse econômico da administração de garantir oferta mais vantajosa sob o ponto de vista econômico e das normas gerais que preveem o pagamento de serviços prestados à Administração Pública apenas após a sua consecução, no caso da contratação de empresas responsáveis pelo gerenciamento e fornecimento de vale-alimentação ou vale-refeição deveriam ser observadas

as normas específicas que disciplinam a concessão do benefício em privilégio os interesses daqueles cuja contratação busca beneficiar: os trabalhadores.

Em decisão datada de 16 de fevereiro de 2023, proferida pelo Conselheiro Edgar Camargo Rodrigues, extraída do TC nº 00005476.989.23-1, cujo parecer do Ministério Público citamos mais acima, temos a seguinte exposição de motivos:

“Exame preliminar da inicial e do ato convocatório autoriza presunção de afronta à legislação que rege a matéria, recomendando seja dado curso à devida averiguação, sobretudo por conta da aparente incompatibilidade entre a previsão de pagamentos à futura contratada somente após 30 dias da disponibilização dos créditos nos cartões magnéticos, destinados à aquisição de refeições por funcionários do Órgão Licitante, e o disposto no art. 3º, inciso II, da Lei nº 14.442/2022 e no art. 175 do Decreto nº10.854/20, a vedar condições contratuais que descaracterizem a natureza pré-paga das operações.”

Portanto, resta claro e cristalino que o fornecimento do vale alimentação e/ou vale refeição, deve-se observar a vedação contida na legislação que rege o PAT, qual seja, a impossibilidade de estipulação de prazos de repasse que descaracterizem a natureza pré-paga dos valores disponibilizados aos trabalhadores, possibilitando contudo, que haja o pagamento do valor correspondente à taxa de administração (que é a efetiva remuneração dos serviços), posteriormente.

VII. DO PEDIDO

Considerando a gravidade dos pontos indicados na presente impugnação, é necessário que a Câmara esclareça todos os pontos aqui aventados, uma vez que ao analisarmos cada um deles, encontramos pontos que diminuem, consideravelmente, a participação das licitantes.

Diante do exposto, pede-se, respeitosamente, que sejam considerados os apontamentos acima e promovida para que conste de forma expressa no edital que os repasses dos valores referentes aos benefícios concedidos aos empregados seja efetuado de forma antecipada ao início da execução dos serviços, em observância às normas que

regulam o tema, em especial para que haja um processo licitatório pautado na transparência, legalidade, isonomia e ampla competitividade.

Termos em que,
Pede deferimento.

Osasco/SP, 17 de julho de 2023.

DocuSigned by:
Michele Miraldo
59719D2BF2DD445...

IFOOD BENEFÍCIOS E SERVIÇOS LTDA

CNPJ nº 33.157.312/0001-62

Michele Maia Miraldo

OAB/SP – 268.445

Certificado de Conclusão

Identificação de envelope: C4929776815742FEB1E625D01264AABB
 Assunto: Complete com a DocuSign: Impugnação prazo pagamento.pdf
 Envelope fonte:
 Documentar páginas: 21
 Certificar páginas: 1
 Assinatura guiada: Desativado
 Selo com Envelopeld (ID do envelope): Desativado
 Fuso horário: (UTC-08:00) Hora do Pacífico (EUA e Canadá)

Status: Concluído

Remetente do envelope:
 Michele Miraldo
 Av dos Autonomistas 1496
 Osasco, SP 06020-902
 michele.miraldo@ifood.com.br
 Endereço IP: 177.140.50.104

Rastreamento de registros

Status: Original
 17/07/2023 08:19:46

Portador: Michele Miraldo
 michele.miraldo@ifood.com.br

Local: DocuSign

Eventos do signatário

Michele Miraldo
 michele.miraldo@ifood.com.br
 Nível de segurança: E-mail, Autenticação da conta
 (Nenhuma)

Assinatura

DocuSigned by:

 59719D2BF2DD445...

Adoção de assinatura: Estilo pré-selecionado
 Usando endereço IP: 177.140.50.104

Registro de hora e data

Enviado: 17/07/2023 08:20:03
 Visualizado: 17/07/2023 08:20:11
 Assinado: 17/07/2023 08:21:38
 Assinatura de forma livre

Termos de Assinatura e Registro Eletrônico:
 Não oferecido através do DocuSign

Eventos do signatário presencial	Assinatura	Registro de hora e data
Eventos de entrega do editor	Status	Registro de hora e data
Evento de entrega do agente	Status	Registro de hora e data
Eventos de entrega intermediários	Status	Registro de hora e data
Eventos de entrega certificados	Status	Registro de hora e data
Eventos de cópia	Status	Registro de hora e data
Eventos com testemunhas	Assinatura	Registro de hora e data
Eventos do tabelião	Assinatura	Registro de hora e data
Eventos de resumo do envelope	Status	Carimbo de data/hora
Envelope enviado	Com hash/criptografado	17/07/2023 08:20:03
Entrega certificada	Segurança verificada	17/07/2023 08:20:11
Assinatura concluída	Segurança verificada	17/07/2023 08:21:38
Concluído	Segurança verificada	17/07/2023 08:21:38
Eventos de pagamento	Status	Carimbo de data/hora

ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DA CÂMARA MUNICIPAL DE BAIXO GUANDU DO ESTADO DO ESPIRITO SANTO

ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO CONTRA EDITAL DE LICITAÇÃO
REPRESENTANTE: BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA
REPRESENTADO: CÂMARA MUNICIPAL DE BAIXO GUANDU DO ESTADO DO ESPIRITO SANTO
PREGÃO Nº. 004/2023

BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA, inscrita no CNPJ nº 16.814.330/0001-50, com sede na Avenida Marcos Penteado de Ulhôa Rodrigues, nº. 939, Andar 8, Torre 1 – Edifício Tamboré, CEP 06.460-040, na cidade de Barueri, Estado de São Paulo, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**, com fundamento no §1º e §3º, do art. 41 da Lei 8.666/93, pelos motivos de fato e de direito que passa a expor.

1. DA TEMPESTIVIDADE

A data de início para abertura das propostas está prevista para o dia 24/07/2023.

“As impugnações podem ser apresentadas a até 03 (três) dias úteis antes da data designada para a abertura da sessão pública, nos termos do item 20.1 do edital.”

Deste modo, a presente representação da Impugnação ao Edital, nesta data 17/07/2023, é tempestiva.

2- DOS FATOS

A Representante é empresa que atua no ramo de fornecimento de Cartão Alimentação e Refeição, com ampla experiência na prestação de serviços à órgãos públicos, participando ativamente de processos licitatórios.

Tomou conhecimento que o **CÂMARA MUNICIPAL DE BAIXO GUANDU DO ESTADO DO ESPIRITO SANTO** publicou Edital cujo objeto é *“Contratação de empresa especializada em administração e gerenciamento para o fornecimento de cartão magnético/eletrônico com chip, com senha numérica pessoal, exclusiva e intransferível, para a aquisição de gêneros alimentícios em estabelecimentos comerciais credenciados, destinados aos servidores públicos da Câmara Municipal de Baixo Guandu, na quantidade estimada de 85 (oitenta e cinco) servidores, de acordo com a Lei Municipal nº 3.120/2022.”*

Contudo, referido edital contém cláusula que veda a oferta de taxa de administração negativa.

“14.1 – Não será admitido taxa negativa conforme Parecer Consulta nº 00009/2023-1 do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – TCEES, Decreto nº 10.854/2021, e Lei 14.442/2022, para a quantidade estimada de 85 cartões de vale-alimentação.”

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

Em primeiro lugar cumpre ressaltar que a questão relativa à Lei nº. 14.442/2022 é objeto da ADI 7248 perante o Supremo Tribunal Federal, cujo objeto trata exatamente da inviabilidade de a administração pública ir em busca da proposta mais vantajosa, bem como impossibilita qualquer tipo de competição no certame, em síntese:

“sustenta que as limitações impostas, ao impedirem que sejam negociados deságios ou descontos na contratação dos fornecedores de vale-alimentação, promovem óbice inconstitucional ao livre exercício da atividade econômica, inclusive através de desestabilização concorrencial, na medida em que (i) tais empresas não

precisarão disputar boa parte da parcela dos preços praticados e (ii) os empregadores não poderão se valer da grande quantidade de empregos que oferecem como atrativo para forçar uma redução dos preços desse serviço”, além de interferirem indevidamente na dinâmica da atividade empresarial em questão.”

Em seguida, ainda é preciso esclarecer que já decidiu o TCU que não cabe à administração pública limitar a taxa a ser ofertada pela licitante, conforme acórdão 4714/2022 – 1ª Câmara.

“[...] 1.7.1.1. a vedação de propostas que contenham taxas de administração ‘negativas’ ou de valor ‘zero’, previsto no 1.7. do termo de referência, contraria a jurisprudência deste Tribunal, além de decisão do Superior do Tribunal de Justiça, prolatada no Resp 1.840.113-CE, devendo a exequibilidade das propostas ser aferida caso a caso, a partir de critérios objetivos previamente fixados no edital;”

No mercado de fornecimento de Cartão Alimentação e Refeição, é praxe que a grande maioria das empresas que participam de licitações, ofertem Taxa Administrativa Negativa, ou seja, conceda um desconto sobre o valor do crédito dos cartões.

Registra-se que a Taxa Negativa não implica em proposta inexequível, pois é sabido que as empresas fornecedoras de cartão possuem outras fontes de aferir lucro, como Taxa de Administração sobre as operações dos estabelecimentos, Taxa de Antecipação, Taxa de operação do sistema Portal Web, Tarifa de locação de equipamento de captura (POS), Tarifa (TED) sobre transferência de valores da conta digital, bem como pela oferta de Serviços de Valores Agregados (SVA), como seguros em gerais, operação de crédito, folha de pagamento, desconto de boletos, etc.

Ou seja, a Taxa Negativa é prática comum no mercado de fornecimento de Cartão Alimentação, o que se revela vantajoso para os órgãos públicos, que recebem um desconto sobre o valor do crédito dos cartões, gerando enorme economia ao erário, bem como se revela vantajoso para empresa, que expande sua rede credenciada bem como prospecta novos clientes da iniciativa privada, ampliando sua área de atuação.

Com a proibição da Taxa Negativa, TODAS as empresas licitantes ofertarão proposta com o mínimo possível, qual seja, Taxa 0%, como já vem ocorrendo em diversas licitações.

Com isso, os órgãos públicos não terão o desconto no valor do crédito e não aferirão a economia aos cofres públicos, o que afronta o princípio da seleção da proposta mais vantajosa, como preceitua art. 3º da Lei 8666/93.

Por conseguinte, na medida em que TODAS as empresas ofertam proposta com Taxa 0%, ocorrerá o empate, e a administração se socorrerá do sorteio, como critério de desempate.

Neste cenário, TODAS as licitações que objetivarem o fornecimento de Cartão Alimentação e Refeição, serão julgadas mediante “sorteio”, o que não se pode admitir, haja vista que “sorteio” é critério de desempate, e não critério de julgamento, havendo claro descumprimento ao art. 45, §1º da Lei 8666/93.

Por outro lado, se a administração pública não aplicar o benefício de preferência da ME e EPP, estará negando vigência à determinação da Lei Complementar 123/2006, o que fere o princípio da legalidade.

Apenas por estas premissas, já é possível afirmar que no mercado de fornecimento de Vale Alimentação/Refeição, **o regular processo licitatório**, que se pauta na isonomia, na competitividade e na seleção da proposta mais vantajosa, **simplesmente deixará de existir**.

Mas não é só isso, pois analisando a MP 1.108/2022, convertida na Lei nº. 14.442/2022, verifica-se também que a sua abrangência não é ampla e sua aplicação não é absoluta.

A Lei nº. 14.442/2022 dispõe sobre o auxílio alimentação de que trata o §2º do art. 457 da CLT (Decreto-Lei 5452/43). Logo, referida norma não se aplica aos servidores que não se subordinam ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, como por exemplo, os servidores estatutários.

Além disso, verifica-se que a Lei nº. 14.442/2022 não tem aplicabilidade no âmbito da administração pública, pois a finalidade da norma é alcançar as empresas beneficiárias do PAT – Programa de Alimentação do Trabalhador, pois a justificativa da norma é impedir que as empresas se beneficiem duplamente, ou seja, com o incentivo fiscal do PAT e com o desconto dado pelas fornecedoras de cartão, conforme consta na Exposição de Motivos da referida MP. Contudo, os órgãos públicos, ainda que inscritos no PAT, não são beneficiários do incentivo fiscal.

Verifica-se ainda, aparente conflito de normas entre a Lei nº. 14.442/2022 e as Leis 8666/93 e 10.520/2002, pois a limitação da taxa imposta pela MP vai contra os princípios basilares da licitação, quais sejam, competitividade e seleção da proposta mais vantajosa,

especialmente, na modalidade Pregão, que prevê a etapa de disputa, mediante a oferta melhores lances. E neste ponto, cabe asseverar que as leis que regulamentam as contratações públicas são especiais, e segundo critério da especialidade previsto no art. 2º da LICC, as normas especiais prevalecem sobre as gerais.

Não bastasse isso, a Lei nº. 14.442 /2022 é passível de ter a sua inconstitucionalidade declarada, pois na medida que impõe restrições às relações comerciais e econômicas, fere o princípio constitucional da liberdade econômica e da livre iniciativa e concorrência, insculpido no art. 170 da Constituição Federal, e ainda o art. 173, §4º, que dispõe que a lei reprimirá a eliminação da concorrência.

Como se observa, há uma série de fatores que conduzem à inaplicabilidade do art. 3º da Lei nº. 14.442/2018 aos órgãos públicos. No entanto, para melhor elucidar o Ínclito Conselheiro, analisaremos cada tema individualmente, à luz do ordenamento jurídico vigente.

3- DO DIREITO

3.1- DA VIOLAÇÃO ÀS DISPOSIÇÕES DA LEI 8.666/93

Como se sabe, a Lei 8666/93, que disciplina as contratações públicas, estabelece que o processo licitatório se destina à seleção da proposta mais vantajosa para a administração. Vejamos:

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

Na lição de Marçal Justen Filho, “a maior vantagem se caracteriza quando a Administração assume o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular obriga-se a realizar a melhor e mais completa prestação”¹

Pois bem.

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

No ramo de fornecimento de Vale Alimentação/Refeição, a proposta mais vantajosa decorre da Taxa Negativa, pois as empresas concedem um desconto no crédito dos cartões, gerando enorme economia aos cofres públicos, recurso este que pode ser revertido à outras políticas públicas.

A título de exemplo, colacionamos as atas das licitações da Prefeitura de Paula Freitas-PR, Prefeitura de Curiúva-PR e Prefeitura de Paulínia-SP, em que TODAS as licitantes ofertaram Taxa Negativa, e as vencedoras contrataram com Taxa de -16%, -9,05% e -6,30%, respectivamente. Vejamos:

Prefeitura de Paula Freitas – PR (Doc. 01):

PREFEITURA MUNICIPAL DE PAULA FREITAS - PR
PAULA FREITAS-PR

ATA DE HOMOLOGAÇÃO

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 24/2022

Processo Administrativo Nº 36/2022

Tipo: AQUISIÇÃO

PREGOEIRO: TADEU RAFAEL CORDEIRO

Data de Publicação: 24/03/2022 16:29:25

LOTE 1 - HOMOLOGADO - 06/05/2022 09:16:41

VALE ALIMENTAÇÃO na forma de Cartão Eletrônico com chip e Senha.

VALORES UNITÁRIOS FINAIS

Item: 1	Unidade: UN	Marca: propria	Modelo: propria
Descrição: Gerenciamento e confecção e fornecimento de cartão eletrônico equipado com chip eletrônico ou tarja magnética, que realize captura, notamento, transmissão e processamento de transações financeiras na função débito, com recargas mensais, sistema de controle de saldos e senha pessoal e intransferível, para validação das transações pelo usuário. Obrigatório rede de no mínimo 05(seis) estabelecimentos comerciais credenciados dentro do município de Paula Freitas.			
Quantidade: 1	Valor Unit.: -16,00		Valor Total: -16,00

CLASSIFICAÇÃO

Razão Social	Num	Documento	Oferta Inicial	Oferta Final	ME
1 BPF CARTÕES LTDA	073	02.030.078/0001-84	-0,01	-16,00	Sim
2 BERLIN FINANCE MEIOS DE PAGAMENTOS EIRELI	017	16.814.330/0001-50	-0,10	-15,15	Não
3 MEGA VALE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E	065	21.922.507/0001-72	-0,01	-8,97	Sim
4 VEROQUEQUE REFEIÇÕES LTDA	002	06.344.497/0001-41	-1,00	-7,80	Não
5 LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA	021	19.207.352/0001-40	-1,00	-6,50	Não
6 BIQ BENEFÍCIOS LTDA	062	07.878.237/0001-19	0,01	-5,99	Não
7 PERSONAL NET TECNOLOGIA DE INFORMAÇÃO	029	09.687.900/0002-04	1,00	-0,05	Não
8 M&S SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS LTDA	054	26.069.189/0001-62	0,01	0,00	Não
9 GREEN CARD S/A REFEIÇÕES COMERCIO E	048	62.559.830/0001-71	0,01	0,01	Não
10 MEUVALE GESTAO ADMINISTRATIVA LTDA	062	18.878.169/0001-25	0,01	0,01	Não
11 MH ADMINISTRADORA DE CARTOES	044	34.180.727/0001-10	1,00	1,00	Não

Prefeitura de Curiúva – PR (Doc. 02):

PREFEITURA MUNICIPAL DE CURIÚVA - PR
CURIÚVA-PR

ATA DE HOMOLOGAÇÃO

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 14/2022
Processo Administrativo Nº 27/2022
Tipo: AQUISIÇÃO
PREGOEIRO: LUCIANA MÁRILIA DA COSTA
Data de Publicação: 14/03/2022 16:12:28

LOTE 1 - HOMOLOGADO - 29/03/2022 09:48:46
Lote 001

VALORES UNITÁRIOS FINAIS

Item: 1	Unidade: MENSAL	Marca: FABRICAÇÃO PRÓPRIA	Modelo: FABRICANTE PRÓPRIO
Descrição: ADMINISTRAÇÃO, GERENCIAMENTO E FORNECIMENTO DE CARTÃO VALE ALIMENTAÇÃO ADMINISTRAÇÃO, GERENCIAMENTO E FORNECIMENTO DE CARTÃO DE VALE ALIMENTAÇÃO; PROCESSAMENTO E CARGA DE CRÉDITOS ELETRÔNICOS, REALIZADA MENSALMENTE, NOS CARTÕES MAGNÉTICOS OU ELETRÔNICOS, COM TECNOLOGIA DE CHIP ELETRÔNICO DE SEGURANÇA OU TECNOLOGIA EQUIVALENTE OU SUPERIOR, DESTINADOS AOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS.			
Quantidade: 1	Valor Unit.: -9,05	Valor Total: -9,05	

CLASSIFICAÇÃO

Razão Social	Num	Documento	Oferta Inicial	Oferta Final	ME
1 FACE CARD ADMINISTRADORA DE CARTÕES LTDA-	085	21.936.859/0001-00	-1,25	-9,05	Sim
2 BERLIN FINANCE MEIOS DE PAGAMENTOS EIRELI	048	16.814.330/0001-50	-0,10	-9,03	Não
3 VEROQUEQUE REFEIÇÕES LTDA	083	06.344.497/0001-41	-1,00	-8,87	Não
4 GIMAVE MEIOS DE PAGAMENTOS E INFORMAÇÕES	045	05.989.476/0003-82	-0,10	-7,11	Não
5 BIQ BENEFÍCIOS LTDA	075	07.878.237/0001-19	0,01	-5,81	Não
6 VOLUS TECNOLOGIA E GESTAO DE BENEFICIOS	086	03.817.702/0001-50	0,01	0,01	Não

Prefeitura de Paulínia-SP (Doc. 03):



Prefeitura Municipal de Paulínia
Divisão de Licitações

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 1/2022
PROTOCOLO Nº 186/2022

SC Nº 02/2022 – SECRETARIA MUNICIPAL DE RECURSOS HUMANOS

OBJETO: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA ADMINISTRAÇÃO, GERENCIAMENTO, EMISSÃO, DISTRIBUIÇÃO E FORNECIMENTO DE DOCUMENTO DE LEGITIMAÇÃO DE **AUXÍLIO REFEIÇÃO**, NA FORMA DE CARTÃO ELETRÔNICO E/OU MAGNÉTICO OU DE SIMILAR TECNOLOGIA

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE PREGÃO ELETRÔNICO

Às nove horas do dia 16 de março do ano de 2022, reuniram-se a Pregoeira Sra. Luciana Regina da Silva de Oliveira e a Equipe de Apoio, para condução dos trabalhos pertinentes ao Pregão Eletrônico nº 01/2022, do tipo menor preço global realizado através do endereço WEB www.licitacoes.caixa.gov.br. Credenciaram-se para o certame as seguintes empresas:

16.814.330/0001-50 BERLIN FINANCE MEIOS DE PAGAMENTOS LTDA
92.559.830/0001-71 GREEN CARD S/A REFEICOES COMERCIO E SERVICOS
19.207.352/0001-40 LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTOES LTDA
26.069.189/0001-62 M&S SERVICOS ADMINISTRATIVOS LTDA
69.034.668/0001-56 SODEXO PASS DO BRASIL SERVICOS E COMERCIO S.A.
02.535.864/0001-33 VR BENEFICIOS E SERVICOS DE PROCESSAMENTO S.A

Após a consulta, as propostas de todas as empresas foram passadas para avaliação da Equipe de Apoio, pois não se encontravam apenas. A Equipe de Apoio e a Sra. Pregoeira verificaram as condições de apresentação das propostas, descritas no Edital, considerando os arquivos das propostas comerciais e consideraram todas classificadas, por atenderem integralmente ao solicitado no edital. Na data e hora marcadas para realização dos lances, no intervalo das 10h30min às 10h45min o sistema liberou o acesso tanto aos licitantes no sítio da CAIXA, quanto para a Pregoeira, para acompanhamento. Encerrada a etapa de lances, apresentou a proposta de menor valor a licitante SODEXO PASS DO BRASIL SERVICOS E COMERCIO S.A., com valor global

1 / 2



Prefeitura Municipal de Paulínia
Divisão de Licitações

de R\$ 25.861.200,00, equivalente a taxa de administração de -6,30%. Passou-se à análise da documentação de habilitação, bem como a verificação da autenticidade das Certidões emitidas via internet. Satisfeita as exigências relativas à habilitação, fica declarada vencedora do certame. Finalizada a avaliação dos documentos de habilitação, as licitantes foram comunicadas através do sistema da Caixa no dia 16/03/2022 para manifestação de recursos. No decurso desse prazo não houve manifestação de intenção de recurso quanto ao resultado do certame. O resultado será encaminhado à autoridade superior para a adjudicação e homologação. Nada mais havendo a tratar, a Sra. Pregoeira declarou encerrados os trabalhos, lavrando-se a presente Ata. Eu, Vitor Rodrigues Junior, secretariei a sessão e digitei a presente ata.

Contudo, com a proibição da Taxa Negativa, a proposta ficará limitada à Taxa 0%, impedindo que o órgão público seja beneficiado com o desconto sobre o valor do crédito.

Ou seja, tal medida restritiva, **vai contra à finalidade almejada pelas licitações públicas, que é justamente selecionar a proposta mais vantajosa para a administração**, violando o disposto no art. 3º, caput da Lei 8666/93.

Mas não é só isso.

Na medida em que a Taxa Negativa é proibida, TODAS as licitantes irão ofertar proposta com Taxa 0%, ocorrendo o empate entre elas.

Em decorrência, a proposta será selecionada mediante "SORTEIO", nos termos do art. 45, §2º da Lei 8666/93:

§ 2º No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo.

Isto é o que já vem acontecendo, em razão desta proibição. A título de amostragem, citamos a Ata da Prefeitura Municipal de Uru-SP:

REGISTRO E CLASSIFICAÇÃO DA PROPOSTA ESCRITA

Ato contínuo foram abertos os Envelopes contendo as Propostas e, com a colaboração dos membros da Equipe de Apoio, o Pregoeiro procedeu à análise das propostas escritas, quando foi verificado se cada proposta atendia aos requisitos do edital, passou então ao exame da compatibilidade do objeto, prazos e condições de fornecimento. Constatada a regularidade das propostas, passou a selecionar os licitantes que participarão da etapa de sorteio em razão da taxa ser 0,0%, conforme lista de classificação da proposta escrita apresentada a seguir:

Item 1	Classif	Código	Descrição Proposta para todos os itens Proponente / Fornecedor	Valor Total	Status Lance
1	7296		CONVENIOS CARD ADMINISTRADORA E EDITORA LTDA	1.056.000	Classificad ,00o S
	6582		MEGAVALÉ ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA Motivo: Sorteio	1.056.000	Desclassific ,00ado Sorteio
	6583		VEROCHEQUE REFEICOES LTDA Motivo: Sorteio	1.056.000	Desclassific ,00ado Sorteio
	7295		ROM CARD - ADMINISTRADORA DE CARTOES LTDA Motivo: Sorteio	1.056.000	Desclassific ,00ado Sorteio

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

Contudo, Nobre Pregoeiro, o “sorteio” é critério de desempate, não podendo ser utilizado como critério de julgamento de proposta, especialmente, porque os critérios de julgamento das propostas são previstos expressamente em rol taxativo no art. 43 da Lei 8666/93, sendo eles: “menor preço”, “melhor técnica”, “técnica e preço” e “maior lance ou oferta”.

Ao limitar a proposta em Taxa 0%, a administração pública estará induzindo o empate entre as licitantes, deixando de aplicar os critérios de julgamento previstos em lei, e passando a utilizar o “sorteio” como critério de seleção.

Impende ressaltar que este cenário que vem se desenhando é extremamente nocivo à administração pública, pois na medida em que a seleção se dará mediante “sorteio”, possibilitará a formação de conluio entre as empresas, que poderão ingressar no certame com

empresas distintas, para aumentar a chance de obter a contratação, dando margem à formação de um verdadeiro “cartel” no ramo de fornecimento de Cartão Alimentação/Refeição.

Por consequência, essa praxe colocará em risco a efetividade da execução dos contratos públicos, pois ao dar margem à formação de cartel ou conluio entre empresas, a administração pública estará sujeita a contratar com empresas aventureiras ou inexperientes, podendo causar sérios danos à administração pública, especialmente, no ramo do fornecimento de Cartão Alimentação/Refeição, que lida com custódia de valores a serem destinados aos servidores e repasses aos estabelecimentos do mercado local.

Necessário consignar ainda, que se não houver a intervenção das autoridades dos órgãos públicos, do Tribunal de Contas e do Judiciário, os processos licitatórios que objetivarem a contratação de fornecimento de Vale Alimentação/Refeição terá como PRAXE a realização de “SORTEIO”, extirpando definitivamente o caráter competitivo neste segmento.

Contudo, a competitividade compõe um dos pilares do processo licitatório, tanto que a Lei 8666/93 dispõe expressamente que aos agentes públicos, é vedado admitir, prever, incluir ou tolerar cláusula ou condição que comprometa, restrinja ou frustre o seu caráter competitivo. Vejamos:

Art. 3º, §1º, inciso I da Lei 8666/93:

*§ 1º **É vedado aos agentes públicos:***

*I - **admitir, prever, incluir ou tolerar**, nos atos de convocação, **cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no [art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991](#);*

Ou seja, ao proibir a Taxa Negativa e induzir o empate entre às licitantes, **estará a administração violando o disposto no art. 3º, §1º, inciso da Lei 8666/93, por frustrar o caráter competitivo do certame.**

Além do mais, a Lei 8666/93, veda expressamente a fixação de preços mínimos, conforme art. 40, inciso X, *in verbis*:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o

tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

*X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e **vedados a fixação de preços mínimos**, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;*

Cabe destacar que em recente decisão, **o Tribunal de Contas de Santa Catarina reconheceu que a proibição da Taxa Negativa viola disposição do art. 40, inciso X da Lei 8666/93 (Doc. 04)**. Vejamos:

Analisando os fundamentos, concluo pela verossimilhança das razões apresentadas pela DLC e pela presença do periculum in mora, aptos a sustentar a concessão de cautelar para determinar a suspensão do Pregão Eletrônico n. 52/2022, lançado pela Prefeitura Municipal de Curitibaanos.

Atestou o corpo instrutivo a presença do fumus boni iuris consistente na vedação da apresentação de taxa de administração negativa, prevista no item 4.8.2, alínea "d", do edital, em desacordo com o art. 40, inciso X, da Lei federal n. 8.666/1993, inclusive citando o entendimento firmado por esta Corte de Contas em processos similares.

De fato, a matéria não é novidade neste Tribunal. Como bem observou a DLC, podem ser citados os processos @PAP 22/80009557 (Rel. Cons. Luiz Roberto Herbst), @PAP 22/80010482 e @PAP 22/80009204 (deste relator). Acrescento, ainda, os autos @REP 19/00058151 (Rel. Cons. Gerson dos Santos Sicca), @REP 19/00021401 (Rel. Cons. Wilson Rogério Wan-Dall), @REP 19/00038126 (Rel. Cons. Herneus De Nadal), @REP 19/00635566 (Rel. Cons. José Nei Ascari) e @REP 19/01001501 (Rel. Cons. César Filomeno Fontes), nos quais a proibição de apresentação de taxa de administração negativa foi considerada irregular.

Ademais, como pontuado no processo @REP 19/00381017, de relatoria deste signatário, tendo em vista a ampla concorrência presente no mercado, é comum que os competidores, ao invés de cobrarem para executar o serviço, ofereçam descontos ao ente público diante das vantagens econômicas indiretas decorrentes da celebração do contrato.
Assim, cabe reconhecer a plausibilidade nas alegações da representante.

No mesmo sentido o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu que a MP não se aplica aos contratos públicos (**Doc 5**). Vejamos:

“Nessas circunstâncias, até em razão do princípio da especialidade, não cabe aplicação da MP nº 1.108/22, art. 3º, inciso I, §§ 1º e 2º, porque confronta com o objetivo da licitação que é a obtenção da proposta mais vantajosa que, no caso, se traduz no menor desconto oferecido (taxa negativa).

Nessas circunstâncias, presente a probabilidade do direito e o risco ao resultado útil do processo (dada a proximidade do termo final do contrato firmado entre as partes), concedo a tutela antecipada para declarar que, na eventualidade de ser prorrogado o contrato nº 026/2017, a prorrogação não se submeterá ao disposto no art. 3º, I, da MP nº 1.108/22.”

Há, portanto, clara violação aos preceitos da Lei 8666/93, sendo imperioso que haja a intervenção deste Tribunal de Contas, a fim de coibir tamanha ilegalidade.

3.2- DA VIOLAÇÃO ÀS DISPOSIÇÕES DA LEI 10.520/2002

A proibição da Taxa Negativa, no ramo de fornecimento de Cartão Alimentação/Refeição, também resulta em descumprimento à Lei 10.520/2002, que institui e regulamenta a modalidade Pregão.

Expliquemos.

A Lei 10.520/2002, no artigo 4º é claro ao estabelecer que os autores das ofertas mais baixas poderão ofertar lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor. Vejamos:

*Art. 4º **A fase externa do pregão** será iniciada com a convocação dos interessados e **observará as seguintes regras:***

*VIII - no curso da sessão, **o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor;***

IX - não havendo pelo menos 3 (três) ofertas nas condições definidas no inciso anterior, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos;

Referido dispositivo trata da etapa competitiva do Pregão, denominada “etapa de lances”, obrigatória nesta modalidade.

Contudo, como mencionado anteriormente, todos os licitantes irão ofertar a Taxa 0%, configurando empate, que muito provavelmente, será solucionado através da aplicação do benefício de preferência às empresas que comprovem a condição de ME e EPP, e posteriormente por “sorteio”.

Notadamente, neste cenário, não haverá a etapa de lances, como determina o art. 4º da Lei 10.520/2022.

Veja, Nobre conselheiro, que a proibição da Taxa Negativa **resultará na SUPRESSÃO DA ETAPA DE LANCES, prevista no art. 4º, inciso VIII da Lei 10.520/2002**, extirpando a etapa competitiva, a qual é obrigatória na modalidade Pregão.

Além disso, **a administração pública não poderá negociar a proposta para obter um melhor preço, como preceitua o art. 4º, inciso XVII da mesma lei**, haja vista a limitação à Taxa 0% não dá margem para negociação.

E neste ponto, cabe asseverar que a negociação para obter melhor proposta, é poder-dever da administração, conforme entendimento dos Tribunais. Vejamos:

*“No pregão, constitui poder-dever da Administração a tentativa de negociação para reduzir o preço final, conforme previsto no art. 24, § 8º, do Decreto 5.450/2005, tendo em vista a maximização do interesse público em obter-se a proposta mais vantajosa”.
(Acórdão 694/2014-Plenário | Relator: VALMIR CAMPELO)*

“Nas licitações realizadas mediante pregão, constitui poder-dever da Administração a tentativa de negociação para reduzir o preço final do contrato, tendo em vista a maximização do interesse público em obter-se a proposta mais vantajosa, mesmo que eventualmente o valor da oferta tenha sido inferior à estimativa da licitação (art. 24, §§ 8º e 9º, do Decreto 5.450/2005)”.

(Acórdão 2637/2015-Plenário | Relator: BRUNO DANTAS)

Assim, considerando que a proibição da Taxa Negativa implicará na supressão da etapa de lances, obrigatória na modalidade Pregão, e impedirá a administração de cumprir o dever de negociar o preço para obter proposta mais vantajosa, evidente se tora a violação à Lei 10.520/2002.

4- DA INAPLICABILIDADE DA LEI Nº. 14.442/2022 AOS ÓRGÃOS PÚBLICOS

Sem prejuízo do exposto, cabe esclarecer que mesmo que o órgão licitante tenha fundamentado a vedação da Taxa Negativa na edição da Lei nº. 14.442 /2022, ainda assim incorre em ilegalidade, pois a referida norma NÃO alcança os órgãos públicos.

De plano, necessário consignar que a Lei nº. 14.442/2022 dispõe sobre o pagamento de auxílio-alimentação de que trata o §2º do artigo 457 da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho. Logo, referida norma somente tem aplicabilidade às relações de trabalho regidas pela CLT (Decreto Lei 5.452/1943). Ou seja, os órgãos públicos que possuem regime próprio (estatutários), não se subordinam à Lei nº. 14.442/2022.

Mas não é só isso.

A Lei nº. 14.442/2022 não tem abrangência aos órgãos públicos, vez que estes NÃO são beneficiários do PAT – Programa de Alimentação do Trabalhador.

O Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT, é um programa governamental de adesão voluntária, que busca estimular o empregador a fornecer alimentação nutricionalmente adequada aos trabalhadores, por meio da concessão de incentivos fiscais ao empregador.

Em suma, o empregador que adere ao PAT, e que é optante pela tributação com base no lucro real, pode deduzir parte das despesas com o PAT do imposto sobre a renda.

É o que dispõe o art. 1º da Lei 6.321/1976, que instituiu o PAT:

Art 1º As pessoas jurídicas poderão deduzir, do lucro tributável para fins do imposto sobre a renda o dobro das despesas comprovadamente realizadas no período base, em programas de alimentação do trabalhador, previamente aprovados pelo Ministério do Trabalho na forma em que dispuser o Regulamento desta Lei.

No mesmo sentido, dispõe o Decreto nº. 5/1991, que regulamenta o PAT:

Art. 1º A pessoa jurídica poderá deduzir, do Imposto de Renda devido, valor equivalente à aplicação da alíquota cabível do Imposto de Renda sobre a soma das despesas de custeio realizadas, no período-base, em Programas de Alimentação do Trabalhador, previamente aprovados pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social - MTPS, nos termos deste regulamento.

Como se observa, a pessoa jurídica beneficiária do PAT, é aquela que possui tributação sobre o lucro real, não sendo compatível com empresas de lucro presumido ou optante do Simples, tampouco com os órgãos públicos.

Não se olvida que os órgãos públicos possam aderir ao PAT, visando promover ações voltadas à alimentação saudável do trabalhador, contudo, tal fato não a torna pessoa jurídica beneficiária do PAT, posto que não fará jus ao incentivo fiscal.

Atente-se, Nobre Conselheiro, que a finalidade da proibição contida no art. 3º da Lei nº. 14.442/2022 é alcançar as empresas beneficiárias do PAT, que “supostamente” estaria se beneficiando duplamente, com a isenção tributária e ainda com o desconto concedido pelas empresas fornecedoras de Cartão Alimentação/Refeição.

Trata-se de assertiva expressa constante na Exposição de Motivos que justificou a edição da Lei nº. 14.442/2022, extraída diretamente do site oficial do Planalto, através do link:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Mpv/mpv1108.htm

Para melhor elucidar, transcrevemos parte da Exposição de Motivos que fundamentou a edição da MP pelo Presidente da República:

*“Excelentíssimo Senhor Presidente da República,
[...]*

19. Outra consequência adversa do modelo de arranjos de pagamento no âmbito do Programa de Alimentação do Trabalhador é a possibilidade de concessão de taxas negativas ou deságio, pelas empresas emissoras dos vales refeição e alimentação, às pessoas jurídicas beneficiárias que recebem isenção tributária para implementar programas de alimentação a seus trabalhadores. Essa prática deturpa a política pública ao beneficiar duplamente as empresas beneficiárias. Ao conceder taxas negativas às pessoas jurídicas beneficiárias, as empresas facilitadoras de aquisição de refeições e gêneros alimentícios equilibram essa “perda” exigindo altas taxas dos estabelecimentos comerciais credenciados, que de fato proveem a alimentação. Os trabalhadores, por sua vez, que deveriam ser os maiores beneficiários da política pública, se viram deslocados para a margem da política, enquanto as pessoas jurídicas beneficiárias ocupam o centro dela, ao ser beneficiado duplamente, com a isenção do imposto de renda e com as taxas de deságio concedidas pelas facilitadoras contratadas.”

Assim, considerando que a finalidade da norma proibitiva contida no art. 3º da Lei nº. 14.442/2022, é impedir o duplo benefício às pessoas jurídicas beneficiárias do PAT, referida norma não se aplica aos órgãos públicos, vez que não se enquadram como pessoa beneficiária do PAT.

Impende destacar que em representação proposta por essa peticionante, **o Tribunal de Contas do Paraná reconheceu a inaplicabilidade da Lei nº. 14.442/2022 aos órgãos públicos, e a irregularidade da proibição da Taxa Negativa (Doc. 06)**. Vejamos:

“Em relação ao primeiro item, a representante alega que a vedação a proposta com taxa administrativa negativa viola os princípios da legalidade e ampla competitividade, uma vez que as normas que a proíbem seriam restritas às empresas que aderem ao Programa de Amparo ao Trabalhador, com os respectivos benefícios fiscais, o que não é cabível a órgãos públicos, sendo ilegal a vedação prevista no Edital.

A análise do tema demonstra assistir razão à representante. O item 10.1.1 do Edital prevê que a taxa de administração deve ser de no mínimo 0,00% e no máximo 0,33%, com a seguinte redação:

10.1.1. Em função do sistema eletrônico Licitações -e não operacionalizar método de critério de julgamento de menor taxa de administração, o lance deverá ser ofertado com desconto em cima do valor global, devendo o desconto corresponder com a taxa de administração ofertada, não podendo a taxa ser inferior a 0% nem superior a 0,33%.

Ocorre que inexistente previsão nas normas de licitação pública que vede a apresentação de taxa de administração negativa. No âmbito privado, nos termos o art. 1º da Lei nº 6.321/1976, é permitido às empresas que participarem e programas de incentivo à alimentação do trabalhadores “deduzir, do lucro tributável para fins do imposto sobre a renda o dobro das despesas comprovadamente realizadas no período base” e, o Decreto nº 10.854/21 e a MP nº 1.108/2022, respectivamente nos art. 175 e 3º, vedam a previsão de deságio ou desconto, com a finalidade de evitar que o benefício tenha desvio de finalidade.

Ocorre que o Consórcio Municipal não é beneficiário do incentivo fiscal em questão e há previsão expressa no objeto do item licitado que o benefício não está vinculado ao PAT, sendo assim incabível a restrição.

Há precedentes nesta Corte no sentido de ser irregular a vedação de apresentação de taxa da administração negativa no fornecimento de sistema de gerenciamento de pagamento de vale alimentação.

No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Contas de Minas Gerais (Doc. 07):

“Tendo em vista os precedentes citados, não há dúvida de que a proibição, por parte da Administração, de apresentação de propostas de taxas negativas, em licitações destinadas ao fornecimento de vale-refeição ou alimentação, é, de há muito, considerada irregular tanto por este Tribunal de Contas quanto pelo Tribunal de Contas da União.

Esse entendimento, a meu ver, não se modifica com a publicação da MP 1.108/2022, haja vista que esta norma dispõe exclusivamente sobre alterações no âmbito da CLT e da Lei 6.321/1976, que institui e regulamenta o Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT).

Conforme já decidiu a Segunda Câmara deste Tribunal, no julgamento da Denúncia 1031545, de relatoria do Conselheiro Wanderley Ávila, não há obrigatoriedade do cadastro no PAT das empresas prestadoras de serviços de administração e emissão de cartão eletrônico para aquisição de alimentos. No caso dos autos, inclusive, não foi exigida a comprovação de inscrição no PAT.

Para a Administração Pública, a aceitação de taxa de administração negativa está diretamente relacionada à obtenção da proposta mais vantajosa e, conseqüentemente, a menores preços nos processos licitatórios para fornecimento de vale-alimentação e vale-refeição. Tal prática não implica, necessariamente, na inexecuibilidade da proposta, pois, conforme já estabelecido em julgados deste Tribunal, a prestadora dos serviços pode obter como receita própria não apenas a taxa de administração, mas também o resultado das aplicações do montante dos benefícios concedidos durante o período compreendido entre a sua disponibilização pela contratante e o repasse à rede credenciada.

Sendo assim, num primeiro momento, considerando a atual jurisprudência do TCU e deste Tribunal de Contas, os quais, conforme mencionado acima, posicionam-se pela aceitação da taxa de administração negativa, uma vez que aparenta ser mais benéfica para obtenção de melhores condições de contratação, entendo que assiste razão à denunciante.”

Não obstante, corroborando ainda mais tal entendimento, em recente decisão de âmbito administrativo, a Prefeitura Municipal de Mesópolis – São Paulo (Doc 8), decidiu exatamente no sentido de que a vedação à apresentação de taxas negativas pelas empresas **NÃO SE APLICA AOS ÓRGÃOS PÚBLICOS**, conforme segue:

*“Considerando os entendimentos dos Tribunais, a MP 1.180/2022 e o Decreto 10.854/2021 se destina às empresas beneficiárias da isenção conferida pelo Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT, sendo assim, **NÃO HÁ QUE FALAR EM APLICAÇÃO AOS ÓRGÃOS PÚBLICOS**, vez que não são beneficiários de isenção do PAT, ainda que sejam inscritos no referido programa.”*

Acrescido a isso, em mais uma recente decisão, do Município de Araçáí, Estado de Minas Gerais, concedeu PROVIMENTO à impugnação impetrada contra a vedação a oferta de taxa negativa, já que está não deve ser aplicada quando forem os servidores regidos por estatuto próprio.

*“Desta forma, não subsistem os argumentos trazidos pela Impugnante em sua peça contestatória, baseados em normas contidas na referida Lei Federal, uma vez que a mesma não tem aplicação no âmbito do Município de Araçáí, que é **ESTATUTÁRIO**, razão pela qual o pregoeiro conhece desta impugnação, mas indefere os seus dois pedidos, quais sejam, a exclusão da modalidade de pagamento como "pós-pago" e exclusão da possibilidade de aplicação de taxas negativas”.*

Assim, considerando que a Lei nº. 14.442/2022 se destina às empresas beneficiárias da isenção conferida pelo Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT, e que a motivação da medida é evitar que o empregador não se beneficie duplamente, **NÃO HÁ QUE FALAR EM APLICAÇÃO AOS ÓRGÃOS PÚBLICOS, vez que não são beneficiários de isenção do PAT, ainda que sejam inscritos no referido programa.**

Além disso, já decidiu o Tribunal de Contas do Espírito Santo que os órgãos públicos devem aceitar a oferta de taxa negativa, conforme decisão da Primeira Câmara, em denúncia feita contra a Prefeitura Municipal de Rio Bananal, que vedava taxa negativa. (DOC 10).

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

É prática comum da Administração tais taxas, razões pelas quais sugere-se recomendação ao Município de Rio Bananal para que avalie a adoção de taxa negativa, considerando que a competitividade será melhor promovida caso seja permitido o desconto, bem como a Administração poderá obter uma proposta mais vantajosa.”

Portanto, não há que se falar em vedação da taxa negativa, visto que o regime em questão não se aplica aos servidores públicos, devendo o referido item ser suprimido do edital.

4.1- DO PRAZO PARA PAGAMENTO

Nessa toada, os órgãos que vem se utilizando da Lei nº. 14.442/2022, estão cortando parte da legislação, para utilizarem somente o pedaço que lhes tragam vantagem.

Nesse ponto, é importante destacar que, caso o órgão queira utilizar-se de uma lei que, evidentemente, fere diversos princípios que regem as licitações públicas, **deve utilizar em sua integralidade, de modo que o pagamento a ser feito a empresa gerenciadora dos cartões deve ser feito ANTECIPADAMENTE, OU SEJA, NA MODALIDADE PRÉ-PAGA.**

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

[...]

II - prazos de repasse ou pagamento que descaracterizem a natureza pré-paga dos valores a serem disponibilizados aos empregados;

No entanto, o edital em questão traz em seu teor prazo para que o órgão faça o pagamento à empresa gerenciadora dos cartões:

“12.2 - As Notas Fiscais, depois de conferidas e visadas, serão encaminhadas para processamento e pagamento em até 10 (dez) dias úteis, após ser atestada/liquidada pelo fiscal do Contrato;”

Desse modo, não pode o órgão público vedar a taxa negativa com base na Lei nº. 14.442/2022 e proporcionar prazo para realizar o pagamento, **cortando parte da lei.**

Portanto, já que o órgão vai fazer uso de uma lei que não traz nenhum benefício para ela nem para as licitantes, ela deve ser aplicada em sua integralidade, **privilegiando o próprio princípio da legalidade, ESTABELECENDO QUE O PAGAMENTO DEVE SER FEITO ANTECIPADAMENTE, OU SEJA, PRÉ-PEGO, conforme preceitua a lei.**

4- DO PEDIDO

Finalmente, requer seja recebida a presente impugnação ao edital para julgar totalmente procedente os itens impugnados, suspendendo liminarmente a licitação marcada para o próximo dia 24/07/2023, para a revisão e exclusão dos itens impugnados, pois é clara a afronta à lei de regência e princípios que regem as contratações públicas.

Barueri/SP, 17 de julho de 2023.



BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTOS LTDA
CNPJ nº 16.814.330/0001-50



CÂMARA MUNICIPAL DE BAIXO GUANDU – ES

Natureza: Impugnação ao Edital.

Impugnante: IFOOD BENEFÍCIOS E SERVIÇOS LTDA e BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA.

Órgão Responsável: Pregoeiro.

Documento: Resposta à Impugnação.

Pregão nº 004/2023.

RELATÓRIO:

Trata-se de impugnação ao edital veiculada pelas empresas IFOOD BENEFÍCIOS E SERVIÇOS LTDA e BK INSTITUIÇÃO DE PAGAMENTO LTDA sob a alegação de que os pagamentos referentes a presente licitação devem ocorrer de forma antecipada e de que a proibição quanto a oferta de taxa negativa.

É o breve relatório. Passo a fundamentação.

FUNDAMENTAÇÃO

De início é preciso deixar claro que a presente licitação está fundamentada na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 14.133/21) que em seu art.145, §1º dispõe:

Art. 145. Não será permitido pagamento antecipado, parcial ou total, relativo a parcelas contratuais vinculadas ao fornecimento de bens, à execução de obras ou à prestação de serviços.

§ 1º A antecipação de pagamento somente será permitida se propiciar sensível economia de recursos ou se representar condição indispensável para a obtenção do bem ou para a prestação do serviço, hipótese que deverá ser previamente justificada no processo licitatório e expressamente prevista no edital de licitação ou instrumento formal de contratação direta.

Nesse contexto, urge ressaltar que a antecipação de pagamento pela legislação vigente não é permitida, ressalvadas as hipóteses em que a antecipação propiciar sensível economia de recursos ou se representar condição



CÂMARA MUNICIPAL DE BAIXO GUANDU – ES

indispensável para a obtenção do bem ou para a prestação do serviço, o que não ocorre no presente caso.

No que se refere à taxa negativa é preciso dizer que o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo através da consulta nº 00009/2023-1 Plenário já se manifestou contrariamente. Portanto, como se trata de órgão de controle a que a Câmara de Vereadores local está sujeita, em que pese os fundados argumentos da Impugnante, a impugnação merece ser rechaçada.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, conheço da impugnação, mas deixo de acatá-la pelas razões acima delineadas.

Baixo Guandu/ES, 20 de julho de 2023.

ALBERTO DE OLIVEIRA JUNIOR

Pregoeiro