

DECISÃO

Edital de Pregão Presencial 68/2018 PMT.

CONTRATAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA ESPECIALIZADA NO FORNECIMENTO E ADMINISTRAÇÃO DE CRÉDITO EM CARTÃO ALIMENTAÇÃO/REFEIÇÃO, PARA ATENDIMENTO DO QUE DISPÕE A LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL Nº 397, DE 17 DE MARÇO DE 2011 E ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL Nº 496, DE 21 DE DEZEMBRO DE 2017, REGULAMENTADA PELO DECRETO MUNICIPAL Nº 2298 DE 17/03/2011 E, OU SEJA, FORNECIMENTO DO "PRÊMIO EFICIÊNCIA" AO SERVIDOR QUE, NO MÊS DE AFERIÇÃO, NÃO CONTIVER FALTAS E DEMONSTRAR-SE EFICIENTE NOS TERMOS DA LEI/DECRETO.

I. Dos Fatos:

1. Município de Timbó/SC, lançou o Edital de Pregão Presencial nº 68/2018 PMT, tendo como objeto a contratação de pessoa jurídica especializada no fornecimento e administração de crédito em cartão alimentação/refeição, para atendimento do que dispõe a lei complementar municipal nº 397, de 17 de março de 2011 e alterações promovidas pela lei complementar municipal nº 496, de 21 de dezembro de 2017, regulamentada pelo decreto municipal nº 2298 de 17/03/2011 e, ou seja, fornecimento do "prêmio eficiência" ao servidor que, no mês de aferição, não contiver faltas e demonstrar-se eficiente nos termos da lei/decreto, destinados a atender as necessidades da administração direta e indireta.
2. O edital foi publicado em 04/07/2018, tendo por data de abertura 25/07/2018, às 14:30h.
3. Em 12/07/2018, a empresa SENFFNET LTDA, apresentou impugnação, através de correio eletrônico, ao Edital supramencionado, alegando, em apertada síntese, ilegalidade nas exigências contidas nos itens 3, 3.3, 3.4, 3.5, e 3.7 alínea "b" do edital, os quais, segundo afirma, contrariam a legislação de regência nos seguintes aspectos: a) primeiro por negar expressa disposição de lei contida no artigo 4º inciso X da Lei 10.520/2002, por admitir forma de julgamento maior oferta ou lance, em pregão onde a única forma admitida seria de menor preço; b) segundo por admitir por via de reflexo a apresentação de propostas de taxa de administração negativas, o que seria proibido aplicar no mercado, contrariando expressa disposição contida na portaria nº 1287/2017 do MTE. Face aos fatos, solicitou que seja oficiado o MTE bem como o Ministério Público estadual e o TCE de Santa Catarina acerca das intenções do município que, insiste, são ilegais nos moldes praticados, e que, concomitante, seja retificado o instrumento convocatório escoimando os vícios de ilegalidade apontados, com nova publicação e novo prazo para propostas.
4. Após proferida decisão, fls. 111 a 117 dos autos em que decidiu-se pela manutenção do instrumento convocatório em sua totalidade, veio a empresa **TRIVALE ADMINISTRAÇÃO**

LTDA, ora impugnante aos autos para também manifestar razões e fundamentos contra a legalidade do certame.

5. Aduz a impugnante em apertada síntese que há ilegalidade nas exigências contidas no edital vez que admite, por via de reflexa, a apresentação de propostas de taxa de administração negativas, o que seria proibido aplicar no mercado, contrariando expressa disposição contida na **portaria nº 1287/2017 do MTE**.

6. Este na síntese é o relatório, passamos a análise e decisão:

II. Da tempestividade:

7. Registra-se que, de fato, a impugnação apresentada é tempestiva, tendo sido protocolada em 20/07/2018 para licitação cuja abertura está prevista para 25/07/2018, estando apta, portanto a regular tramitação e decisão.

III. Do Mérito:

8. Conforme supra narrado, vistos e examinados os autos do processo licitatório, a irresignação da empresa impugnante já foi objeto de análise por esta autoridade, sendo mantido a exigência de maior oferta para o serviço contratado, conforme decisão de fls 111 a 117 dos autos.

9. Desta forma, com o devido respeito a irresignação trazida a impugnante, transcreve-se o teor da disposição anterior, como forma de decidir:

(...)

A) DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DE JULGAMENTO DO TIPO MAIOR OFERTA OU LANCE NO PREGÃO:

10. A coadunação legal de utilização do critério de julgamento maior oferta em detrimento do que estabelece o art. 4, inciso X da Lei 10520/2002, é pautada no indubitável interesse público e visa obter a proposta mais vantajosa para a administração, o que é defendido pela doutrina e reconhecido pela jurisprudência pátria.

11. Joel Niebuhr¹, ao tratar do tema enfatiza que:

12. “O inciso X do artigo 4º da Lei 10.520/2002 prescreve que o no pregão o tipo de licitação é o de menor preço. Não admite qualquer outro. **Entretanto, menor preço e maior preço guardam a mesma essência**. Em tese, a disputa de menor preço pode alcançar o valor zero. E se chegar ao zero, pode haver inversão, e os licitantes passarem a oferecer valores à Administração pelo contrato. **Dai, passa a maior lance ou oferta. No entanto, a essência é a mesma, o melhor preço**. Apenas muda o sinal, positivo ou negativo, dependendo da perspectiva. Não há diferença substancial. **Então, é viável**

¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. Pregão presencial e eletrônico, 6^a ed. Ver. E ampl. . Belo Horizonte: Forum, 2011. Pág. 60 e 61.

defender o que se vem chamando de pregão negativo por meio de interpretação sistêmica.

É conveniente destacar que o Tribunal de Contas da União reconheceu como legítimo o pregão negativo, o que dá conforto aos agentes administrativos que pretendem realiza-lo...

...A Administração Pública padece porque não incentiva a criatividade, a busca de soluções que satisfaçam o interesse público. É preciso fomentar a criatividade, tudo sempre com amparo na ordem jurídica. **O pregão negativo é exemplo disto, de ousadia, de criatividade, visando o melhor para a Administração Pública, sem violentar qualquer princípio jurídico.**

13. O egrégio Tribunal de Contas da União recomenda adoção dessa modalidade conforme vislumbra-se do seguinte excerto:

14. **...a adoção do critério de julgamento pela maior oferta, em lances sucessivos, nada mais é que a adequada aplicação da lei ao caso concreto, ajustando-a à natureza do objeto do certame, restando assegurada a escolha da proposta mais vantajosa que, conjuntamente com a isonomia de todos os interessados, constituem as finalidades primeiras de todo procedimento licitatório.** (TCU, Acórdão nº 2.844/2010, Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, DOU de 01.11.2010.)

15. O entendimento supra encontra amparo também nos Tribunais de Justiça pátrio, donde destacam-se os seguintes julgados:

16. **ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO POPULAR EM FACE DO ESTADO DE SANTA CATARINA. PLEITO DE SUSPENSÃO E INVALIDAÇÃO DO EDITAL PREGÃO N. 023/06. SELEÇÃO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PROCESSAMENTO DE CRÉDITO EM FOLHA DE PAGAMENTO DOS SERVIDORES ATIVOS, INATIVOS, PENSIONISTAS E ESTAGIÁRIOS DO ESTADO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO ART. 116 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, ART. 164, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E À LEI ESTADUAL N. 9.489/94. INOCORRÊNCIA. VERBAS DE NATUREZA SALARIAL OU REMUNERATÓRIA QUE, APÓS DEPOSITADAS NA CONTA DOS SERVIDORES, DEIXA DE INTEGRAR O PATRIMÔNIO DO ENTE PÚBLICO. REVOGAÇÃO, ADEMAIS, DA LEI ESTADUAL N. 9.489/94 PELA MEDIDA PROVISÓRIA 136/06, CONVERTIDA POSTERIORMENTE NA LEI ESTADUAL N. 13.911/06. As verbas decorrentes do pagamento da remuneração dos servidores públicos ativos, inativos, pensionistas e estagiários, ao serem depositados em conta, deixam de integrar o patrimônio do ente estatal, e passam a incorporar a esfera dos particulares. Em razão disso, o Estado não poderá mais usufruir de tais recursos, pois estes não mais estarão à sua disposição. ILEGALIDADE DO PROCESSO LICITATÓRIO DE PREGÃO DO TIPO MAIOR OFERTA, SOB O ARGUMENTO DE OFENSA AO ART. 45, § 1º, IV, DA LEI N. 8.666/93. ALEGAÇÃO IMPROCEDENTE. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA QUE TEM POR OBJETIVO A AQUISIÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA. RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO, CELERIDADE E EFICIÊNCIA DA LICITAÇÃO. POSSIBILIDADE DE ESCOLHA DA MELHOR MODALIDADE.**

A Lei n. 8.666/93, em seu art. 45, § 1º, IV, da Lei n. 8.666/93 prevê a possibilidade de escolha da modalidade pregão do tipo maior oferta apenas para os casos "de alienação de bens ou concessão de direito real de uso". **Contudo, não há óbice à administração pública proceder a escolha de modalidade licitatória que se afigure mais vantajosa à administração pública, resultante da combinação da oferta que melhor se adequa ao objeto licitado, aliada ao menor preço, em respeito aos princípios da eficiência, celeridade e economicidade e, sobretudo, da supremacia do interesse público.** **SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. REMESSA DESPROVIDA.** (TJSC, Reexame Necessário n. 2009.060683-0, da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 19-03-2013).

b) DA APLICAÇÃO DA TAXA NEGATIVA EM LICITAÇÃO DE VALE ALIMENTAÇÃO E DA NÃO INCIDÊNCIA DA NORMATIVA DO TEM AO PRÊMIO EFICIÊNCIA DO MUCÍPIO DE TIMBÓ:

17. Prefacialmente, importante destacar que o embora o objeto da licitação se assemelhe à finalidade de alimentação regulada pelo PAT, em especial no que diz respeito ao uso final pelo servidor, a sua instituição e regra para obtenção destoam daquelas definidas pelo programa, advindo, no município de Timbó, como Prêmio Eficiência, regulado por legislação própria municipal, em especial as Leis Complementares nº 397 de 17 de março de 2011 e alterações promovidas pela lei complementar nº 496/2017 regulamentada pelo Decreto Municipal nº 2.298/2011 e alterações.

18. Infere-se da informação que o Premio Eficiência municipal que utiliza do cartão de vale alimentação/refeição não está atrelado ao programa de alimentação do trabalhador – PAT do Ministério do Trabalho e Emprego, fato que afasta, via de regra, a normativa aplicável pelo referido órgão da atividade objeto da contratação, tanto que o município não encontra-se cadastrado no aludido programa e não exige no edital tal vinculação da prestadora.

19. Outrossim, ainda que não o fosse, o que admitidos apenas para argumentar, aludida norma editada pelo Ministério tem sido objeto de reiterados questionamento, tendo o STJ, nos autos do Mandado de segurança nº 24252 – DF (2018/0098114-6) expedido liminar para suspender os efeitos da aludida norma, especificamente no que tange a vedação da taxa negativa, expressando entendimento contrário à norma, consoante infere-se do seguinte excerto da decisão:

20. Quanto ao mais, reporto-me às mesmas razões constantes da decisão liminar deferida em caso análogo (MS 24.174/DF), as quais se amoldam perfeitamente à presente situação: Em juízo de cognição sumária, entendo que são relevantes os argumentos trazidos pelas impetrantes a respeito dos vícios da Portaria que proibiu a aplicação das taxas de administração negativas às empresas beneficiárias. A observância das cautelas previstas na Portaria 1.127/2003 e na Portaria Interministerial 6/2005 para a fixação do regramento aplicável ao Programa de Alimentação do Trabalhador – a exemplo do debate das alterações normativas perante a Comissão Tripartite Paritária e pelo respectivo Grupo Técnico – é importante para que haja o necessário equilíbrio entre os interesses envolvidos em questão, tendo em vista tratar-se de matéria sensível e capaz de produzir relevantes impactos sociais. A ausência de maior discussão durante o processo de elaboração da norma em avilte encontra-se corroborada no trecho citado da Nota Técnica 45/2018, quando se afirma que a Portaria 1.287/2017 não foi submetida ao debate pelas comissões competentes haja vista a necessidade de se atender demanda das próprias empresas que atuam no segmento de benefícios ao trabalhador. Nesse ponto, impressiona-me a ausência de justificativa relacionada aos eventuais benefícios da alteração normativa proposta em favor do próprio funcionamento do PAT e dos interesses dos trabalhadores a serem albergados pelo referido ato. Por outro lado, a taxa de administração é apenas uma das fontes remuneratórias das sociedades empresárias que atuam na intermediação dos serviços de vale-refeição e vale-alimentação, considerando-se que tais agentes também ganham rendimentos decorrentes de aplicações financeiras da parcela que lhes é antecipada pelos contratantes, bem como da cobrança realizada dos estabelecimentos credenciados. Desse modo, a prática comercial que se utiliza da taxa de administração negativa, nesse primeiro exame, não me parece despida de racionalidade econômica, haja vista a existência de outros rendimentos compensatórios que viabilizam a atividade.

Cuida-se, por outro viés, de medida compreendida na área negocial dos interessados, a qual fomenta a competitividade entre as empresas que atuam nesse mercado. Em razão disso, a proibição da utilização desse mecanismo por meio de uma portaria editada pelo Ministério do Trabalho – órgão do governo federal cuja missão institucional anunciada no seu sítio eletrônico é "tratar das políticas e diretrizes para a geração de emprego e renda e de apoio ao trabalhador; das políticas e diretrizes para a modernização das relações do trabalho; da fiscalização do trabalho, inclusive do trabalho portuário; da política salarial; da formação e desenvolvimento profissional; da segurança e saúde no trabalho; política de imigração e cooperativismo e associativismo urbanos" –, ao menos nesse exame inicial, está em descompasso com o papel que lhe cabe na gestão pública. Saliente-se, portanto, que, no âmbito dos contratos firmados com a Administração Pública, o Plenário do Tribunal de Contas da União já reconheceu a legalidade da taxa de administração negativa "por não estar caracterizado, a priori, que essas propostas sejam inexecutáveis, devendo ser averiguada a compatibilidade da taxa oferecida em cada caso concreto, a partir de critérios objetivos previamente fixados no edital" (Acórdão 38/1996, Rel. Ministro Adhemar Paladini Ghisi).

Independentemente do Prêmio Eficiência municipal estar ou não atrelado às regras do PAT a admissibilidade da aplicação da taxa negativa para contratação de vale alimentação pelo poder público é matéria pacificada em nossos Tribunais de Conta, consoante infere-se dos seguintes precedentes:

21. INFO 26/TCU - Pregão para contratação de fornecimento de vales-alimentação: 2 – Admissão de taxa negativa de administração

Pregão para contratação de fornecimento de vales-alimentação: 2 – Admissão de taxa negativa de administração

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

22. Não obstante, o advento da Portaria do Ministério do Trabalho e emprego, não modificou o entendimento de nossos tribunais, que em recente evento promovido pelo Tribunal de Contas do estado de Santa Catarina, expressamente fez consignar em sua apostila, a fls. 110 e 111, o seguinte:

"Também não se deve proibir o oferecimento de proposta de preço com taxa de administração zero ou negativa, devendo-se, em cada caso, avaliar se a proposta com taxa de administração negativa ou de valor zero é exequível, a partir dos critérios previamente fixados no edital. Colaciona-se precedente da Decisão Singular GAC/CFF - 15/2018 (SANTA CATARINA, 2018):

Oportuno destacar ainda, que conforme entendimento do Tribunal de Contas da União, nas licitações destinadas ao fornecimento de cartões de vale-refeição/alimentação, a oferta de taxas negativas ou de valor zero

não implica violação ao disposto no art. 44, §3º, da Lei de Licitações. Isso ocorre porque a lucro das empresas que fornecem cartões de vale-refeição/alimentação, não se restringe à taxa de administração cobrada do Poder Público, mas também ao valor da taxa de administração cobrada de estabelecimentos credenciados.”

23. Pelo todo exposto, infere-se que nenhum dos supostos óbices legais indicados pelo impugnante procedem, sendo que o edital, nos itens impugnados, segue à risca as normas e orientações estabelecidas pelos órgãos de controle figurando o método de contratação, inclusive, o que melhor representa a eficiência almejada na contratação desse tipo de serviço.

24. Desta forma, conforme outrora decidido, não há óbice legal as exigências contidas no instrumento convocatório, sendo que o edital segue à risca as normas e orientações estabelecidas pelos órgãos de controle figurando o método de contratação.

IV. Da Conclusão:

25. Ante todo o exposto e atendendo ao princípio da eficiência, legalidade, imparcialidade, interesse público, economicidade, e considerando os fundamentos acima apresentados, decide-se, pelo **INDEFERIMENTO** da presente Impugnação no que consta da análise de mérito, apresentada por **TRIVALE ADMINISTRAÇÃO LTDA**.

26. Dê ciência à Impugnante e publicidade a presente decisão, bem como se procedam às demais formalidades de publicidade determinadas em lei.

Timbó, 23 de julho de 2018.

MARCIO ELISIO

Diretor Presidente da Fundação Municipal
de Esportes

MARIA ANGELICA FAGGIANNI

Secretaria da Fazenda e Administração

JAIME JOEL AVENDANO JARA

Diretor Presidente do SAMAE

JORGE REVELINO FERREIRA

Diretor Presidente Fundação Cultural de
Timbó

CARMELINDE BRANDT

Diretora Administrativa Financeira Timboprev