

**Processo:** 1156611  
**Natureza:** DENÚNCIA  
**Denunciante:** Mega Vale Administração de Cartões e Serviços Ltda.  
**Denunciada:** Prefeitura Municipal de Nova Era  
**Responsáveis:** Txai da Silva Costa, Edmar Gonçalves, Helvécio Ermelindo Ferreira, Marxiley Lima Azevedo, Poliana Aparecida Barbosa de Souza Baeta, Verônica Bueno Silva, Paula Martins da Costa Drumond  
**Procuradores:** Rafael Prudente Carvalho Silva, OAB/SP 288.403; Thiago Ramos Pereira, OAB/SP 274.747; Elisangela Patrícia Alves Pires Berto, OAB/MG 76.873; Wantuil Pires Berto Júnior, OAB/MG 72.075  
**MPTC:** Daniel de Carvalho Guimarães  
**RELATOR:** CONSELHEIRO WANDERLEY ÁVILA

### SEGUNDA CÂMARA – 20/8/2024

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO ELETRÔNICO. CRITÉRIO DE DESEMPATE ARBITRADO PELA ADMINISTRAÇÃO. INOBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS LEGAIS. IRREGULARIDADE. RETIFICAÇÃO DO EDITAL EM TEMPO OPORTUNO. IMPROCEDÊNCIA. CONTRATAÇÃO DE FORNECIMENTO DE AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO PARA SERVIDORES ESTATUTÁRIOS. TAXA DE ADMINISTRAÇÃO NEGATIVA. POSSIBILIDADE. IRREGULAR VEDAÇÃO. EXTINÇÃO DOS AUTOS COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. ARQUIVAMENTO.

1. Nas hipóteses de empate entre duas ou mais propostas ofertadas por licitantes, a Administração deverá observar os critérios de desempate previstos em lei.
2. A retificação, em tempo oportuno, das disposições editalícias, a fim de sanar suas irregularidades, implica a improcedência da alegação de ilícito veiculada em denúncia ou representação e afasta a imputação de sanções por este Tribunal de Contas.
3. A Lei nº 14.442/2022 deve ter sua aplicação restrita à contratação de auxílio-alimentação em favor de celetistas, não se aplicando à contratação do mesmo benefício para servidores públicos estatutários, razão pela qual é lícito à Administração Pública admitir a oferta de taxas de administração negativas de sociedades empresárias que forneçam serviços de cartão de referido auxílio.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Segunda Câmara, por unanimidade, na conformidade da Ata de Julgamento e diante das razões expendidas no voto do Relator, em:

- I) julgar parcialmente procedente a Denúncia em razão da presença de irregular vedação à oferta de propostas com taxa de administração negativa pelos licitantes, prevista no item 19.3 do Termo de Referência do edital do Pregão Eletrônico n. 40/2023, Processo Licitatório n. 126/2023, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Nova Era, em afronta ao entendimento jurisprudencial consolidado deste Tribunal de Contas;

- II) determinar ao prefeito do Município de Nova Era que anule o Pregão Eletrônico n. 40/2023, Processo Licitatório n. 126/2023, em virtude da irregularidade constatada, considerando a ausência do efetivo prejuízo, a suspensão do certame efetuada pela Administração do Município de Nova Era e o requerimento do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, com fundamento no art. 121, § 3º, do Regimento Interno e encaminhe a este Tribunal de Contas, no prazo de 15 (quinze) dias, a publicação do ato de anulação, sob pena de multa nos termos do art. 85, III, da Lei Complementar Estadual n. 102/2008;
- III) determinar a intimação das partes e de seus procuradores acerca do teor desta decisão, nos termos do art. 245, II e §2º, I, da Resolução nº 24/2023 (Regimento Interno);
- IV) determinar, ultimadas as providências cabíveis, o arquivamento dos autos, nos termos do art. 258, I, do Regimento Interno deste Tribunal de Contas.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Mauri Torres e o Conselheiro em exercício Telmo Passareli.

Presente à sessão o Subprocurador-Geral Daniel de Carvalho Guimarães.

Plenário Governador Milton Campos, 20 de agosto de 2024.

WANDERLEY ÁVILA  
Presidente e Relator

(assinado digitalmente)



**SEGUNDA CÂMARA – 20/8/2024**

CONSELHEIRO PRESIDENTE WANDERLEY ÁVILA:

**I – RELATÓRIO**

Tratam os autos de Denúncia, apresentada pela pessoa jurídica Mega Vale Administradora de Cartões e Serviços Ltda., representada pelo senhor Rafael Prudente Carvalho Silva, com pedido de medida cautelar, em face do Pregão Eletrônico n. 40/2023, Processo Licitatório n. 126/2023, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Nova Era, cujo objeto consiste na “[c]ontratação de empresa especializada para prestação de serviços de implantação, fornecimento, gerenciamento e administração do auxílio alimentação, por meio de cartão eletrônico/magnético com chip de segurança e senha individual, para recarga de valor mensal, na modalidade online, destinado à aquisição de gêneros alimentícios e/ou refeições/lanches, em atendimento aos servidores da Administração municipal direta, indireta da Prefeitura Municipal de Nova Era/MG”, conforme edital anexado à peça n. 02 do Sistema de Gestão e Administração de Processos (SGAP).

A documentação foi recebida como denúncia em 22/09/2023 (peça n. 04) e distribuída à relatoria do Conselheiro Substituto Telmo Passareli no mesmo dia (peça n. 05).

Em síntese, a denunciante alegou que a Administração de Nova Era estaria interferindo diretamente na relação comercial entre os licitantes e terceiros, dado que o item 19.3 do Termo de Referência estaria indevidamente prevendo como critério de desempate o menor percentual a ser cobrado pela empresa aos estabelecimentos credenciados, com a consequente exclusão de licitantes que não informassem tal percentual no sistema. Requereu a suspensão do certame, a retificação da suposta irregularidade e a republicação do edital (peça n. 02).

Com vistas a instruir o feito, o conselheiro Telmo Passareli determinou a intimação dos agentes públicos para que apresentassem justificativas e documentos (peça n. 06), o que foi cumprido (peças n. 10/17).

À peça n. 19, o outrora conselheiro relator, diante das informações prestadas pelos agentes públicos, ao constatar a alteração, realizada pela Administração de Nova Era, do item do edital objeto da controvérsia, considerou prejudicado o pedido de concessão da medida cautelar, indeferindo-o.

Após, em seu relatório técnico inicial (peça n. 26), a Coordenadoria de Fiscalização de Editais de Licitação (CFEL) concluiu pela improcedência da irregularidade apontada pela denunciante, porém, complementando a denúncia, asseverou a existência de irregular vedações à oferta de taxa de administração negativa, prevista no item 19.3 do Termo de Referência, propondo que fosse determinada a suspensão do certame e, posteriormente, a citação dos responsáveis.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em seu parecer preliminar, compreendeu não haver ilegalidade evidente e erro grosseiro que ensejasse a concessão da cautelar, em virtude de que o edital se fundamentou em lei e em julgamento do TCU, de modo que tão somente opinou pela citação dos responsáveis (peça n. 28).

Visando instruir o feito, o conselheiro Telmo Passareli determinou a intimação dos agentes públicos com urgência para que apresentassem cópia da ata da sessão de julgamento das propostas e de toda a documentação que a sucedeu, inclusive eventuais contratos assinados e ordens de fornecimento (peça n. 29).

Os agentes públicos apresentaram a documentação, informando terem determinado a suspensão do certame até que houvesse decisão definitiva no presente processo (peças n. 33/66).

O conselheiro Telmo Passareli, ao apreciar o pedido de suspensão do certame, não obstante compreender, em um juízo perfunctório, pela existência de irregularidade, indeferiu-o por ausência do *periculum in mora* diante da informação de suspensão do certame pela Administração (peça n. 68). Na oportunidade, determinou a citação dos responsáveis.

Citados (peças n. 81/85 e 93/94), os responsáveis apresentaram defesa e documentos (peças n. 86/91).

Em seguida, a CFEL manifestou-se pela rejeição das razões de defesa no que se refere à vedação de taxa de administração negativa, compreendendo por sua irregularidade e, assim, sugeriu a aplicação de multa e expedição de recomendação (peça n. 96).

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas proferiu parecer conclusivo, opinando pela parcial procedência da Denúncia, em virtude da vedação à taxa de administração negativa, e pela expedição de determinações ao prefeito do Município de Nova Era para que encaminhe prova de anulação do certame e, em seguida, envie a este Tribunal de Contas cópia integral de eventual procedimento licitatório que venha a ser publicado em substituição ao que se encontra sob análise nestes autos (peça n. 97).

Por fim, os autos foram redistribuídos à minha relatoria (peça n. 98), com fundamento no art. 216 da Resolução n. 24/2023 deste Tribunal de Contas (Regimento Interno).

É o relatório.

## II – FUNDAMENTAÇÃO

### a) Do critério de desempate

À peça n. 02, a denunciante noticiou ser ilegal a disposição do item 19.3 do Termo de Referência do edital do Pregão Eletrônico n. 40/2023, Processo Licitatório n. 126/2023, deflagrado pelo Município de Nova Era.

Em síntese, alegou que o critério de desempate interferiria na “relação comercial entre as empresas participantes e sua rede credenciada, afrontando a relação comercial”. Indicou que o contrato oriundo da licitação será firmado somente entre o ente municipal e a licitante vencedora, de modo que os estabelecimentos credenciados seriam contratados à parte e diretamente com a licitante, que realizaria seus serviços de gerenciamento e administração do benefício.

Nessa toada, argumentou que tal disposição editalícia colocaria indevidamente limite nas negociações entre a licitante e as empresas credenciadas porquanto exigiria que fossem realizadas negociações incertas e prévias à efetiva declaração da licitante vencedora, turbando as relações privadas. Aduziu que isto violaria o art. 3º, §1º, I, da Lei n. 8.666/93 e que a Administração deveria se restringir aos critérios de desempate previstos em lei, tal como previsto na Lei Complementar n. 123/06.

Intimados a se manifestarem preliminarmente, os senhores Txai da Silva Costa, prefeito municipal, e Edmar Gonçalves, pregoeiro, indicaram que o item editalício impugnado já teria sido reanalisado e alterado, com publicação ocorrida no dia 26/09/2023, excluindo-se o critério de desempate anteriormente previsto para prever, dali em diante, o desempate por sorteio público, realizado mediante o sistema “Licitar Digital”, com preferência para microempresa e empresa de pequeno porte (peça n. 14).

Conforme relatado, o conselheiro Telmo Passareli julgou prejudicado o pedido de suspensão do certame diante da retificação do edital (peça n. 19).

Em seu exame inicial (peça n. 26), a CFEL asseverou que os critérios de desempate aplicáveis às licitações devem estar previstos em lei, em observância aos princípios do julgamento objetivo e da isonomia. Citou, nesse sentido, o art. 3º, § 2º, da Lei n. 8.666/93, outrora vigente, e da Lei Complementar n. 123/06. Indicou que, se acaso mantido o empate após a aplicação dos critérios legais de desempate, o art. 45, § 2º, da Lei n. 8.666/93 determinava a obrigatoriedade da realização de sorteio para definição do licitante vencedor.

Desta feita, concluiu pela ilegalidade das previsões editalícias. Contudo, considerando que a Administração de Nova Era retificara o edital para excluir tal disposição, de modo que se posicionou pela improcedência do apontamento.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas informou não ter aditamentos a fazer ao emitir seu parecer preliminar (peça n. 28).

Em sede de defesa (peça n. 86), os agentes públicos citados (Txai da Silva Costa, prefeito; Edmar Gonçalves, pregoeiro; Helvécio Ermelindo Ferreira, secretário de obras e serviços urbanos; Marxiley Lima Azevedo, secretário de água e esgoto; Poliana Aparecida Barbosa de Souza Baeta, secretária de saúde; Verônica Bueno Silva, secretária de desenvolvimento econômico e social; Paula Martins da Costa Drumond, secretária de administração) alegaram a alteração do edital, saneando a irregularidade, o que implicaria a perda de objeto.

Ao analisar as razões de defesa (peça n. 96), a CFEL ratificou seu entendimento inicial de ser improcedente o apontamento.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, em seu parecer conclusivo (peça n. 97), compreendeu que, diante da exclusão do critério de desempate impugnado, deve “este apontamento ser desconsiderado”.

Pois bem.

Compulsando os autos, verifico que o item 19.3 anteriormente constava o seguinte (peça n. 02):

19 - DA PROPOSTA DE PREÇOS

[...]

19.3 - O critério de julgamento da proposta será o de menor percentual (menor taxa de administração).

[...]

Do empate entre as propostas:

Na hipótese de apresentação de propostas inicial no sistema, ou na fase de lances, os percentuais ficarem empatados, será utilizado como critério de desempate nesta ordem:

1º - Menor percentual cobrado pela empresa aos estabelecimentos credenciados. Este percentual não entrará na fase de lances, devendo ser informado uma única vez no sistema.

OBS: Caso a empresa decida por não informar o percentual a ser cobrado dos estabelecimentos credenciados, poderá ficar fora da disputa no caso de empate entre as propostas.

2º - Persistindo o empate será realizado o sorteio.

Como bem discorrido pela CFEL (peça n. 26), a Lei n. 8.666/93, outrora vigente, em virtude dos princípios da isonomia e do julgamento objetivo, vedou que a Administração criasse, de forma discricionária, critérios de desempate, restringindo-os àqueles previstos em lei.

Veja-se o que dispõe os arts 3º, § 2º, e 45, § 2º, ambos da Lei n. 8.666/93:

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

[...]

§ 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

I - (Revogado pela Lei nº 12.349, de 2010)

II - produzidos no País;

III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.

V - produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

Art. 45. **O julgamento das propostas será objetivo**, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

[...]

§ 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.

(Grifou-se)

Há ainda de se observar o disposto no art. 44 da Lei Complementar n. 123/06:

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

(Grifou-se)

Tem-se, portanto, a necessidade de a Administração observar os critérios de desempate previstos em lei e, nas hipóteses de permanência do empate mesmo após a aplicação de tais critérios, nos termos da Lei n. 8.666/93, outrora vigente, devia valer-se da realização de sorteio público para obter o licitante vencedor.

Contudo, conforme relatado, verifico que o edital foi retificado<sup>1</sup> para conter a seguinte redação:

---

<sup>1</sup> Disponível em:

[https://www.novaera.mg.gov.br/abrir\\_arquivo.aspx/Pregao\\_Eletronico\\_40\\_2023\\_edital\\_r](https://www.novaera.mg.gov.br/abrir_arquivo.aspx/Pregao_Eletronico_40_2023_edital_r)

## 19 - DA PROPOSTA DE PREÇOS

[...]

19.3 - O critério de julgamento da proposta será o de menor percentual (menor taxa de administração).

[...]

Do empate entre as propostas:

Na hipótese de apresentação de propostas inicial no sistema, ou na fase de lances, os percentuais ficarem empatados, será utilizado como critério de desempate o sorteio público (realizado pelo sistema Licitar Digital).

Assim, excluído o trecho irregular do item do edital em tempo oportuno, compreendo que deve ser reconhecida a improcedência e afastada a imputação de sanções por este Tribunal de Contas.

Pelo exposto, voto pela improcedência do apontamento.

### **b) Da vedação à taxa de administração negativa**

Em seu exame inicial (peça n. 26), a CFEL observou que o item 19.3 do Termo de Referência, do edital denunciado, ao tratar do critério de julgamento do certame, “previu que será escolhida a proposta que apresentar a menor taxa de administração, sendo vedada a apresentação de taxas negativas”.

Tecendo seus fundamentos, a CFEL indicou haver entendimento jurisprudencial diverso quanto ao tema no âmbito dos Tribunais de Contas. Embora haja julgados dos Tribunais de Contas do Estado de São Paulo e do Estado do Espírito Santo no sentido de vedar a prática, apontou existir entendimento consolidado desta Corte de Contas e do Tribunal de Contas da União no sentido de admitir a oferta de taxa de administração de valor negativo, a qual não tornaria, por si só, as propostas inexequíveis, devendo ser averiguada no caso concreto a compatibilidade da taxa oferecida a partir de critérios objetivos.

Assim, acompanhando entendimento consolidado deste Tribunal e diante da vedação constante no item do edital, concluiu pela existência de irregularidade. Pugnou pela suspensão liminar do certame, considerando ainda que todas as empresas licitantes ofertaram taxa zero dada a vedação à taxa negativa, e demandou a citação dos responsáveis.

O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas indicou a jurisprudência desta Corte e apontou que a vedação à taxa negativa impediu uma competitividade maior, pois todos ofertaram taxa zero, “sendo feito sorteio para escolher o vencedor, o que não é o critério mais adequado”. Contudo, considerando que o edital se pautou em lei federal e no acórdão 459/2023 do Tribunal de Contas da União, argumentou inexistir erro grosseiro na conduta do agente público, de modo que não seria cabível a concessão da medida cautelar. Opinou, desta feita, somente pela citação dos responsáveis (peça n. 28).

Diante do pedido de suspensão, o conselheiro relator solicitou aos agentes públicos que apresentassem “cópia da ata de sessão de julgamento das propostas do Pregão Eletrônico 40/2023 e de toda a documentação que a sucedeu, inclusive eventuais contratos assinados e ordens de fornecimento” (peça n. 29), o que foi cumprido (peças n. 33/66).

Ao decidir sobre o pedido de suspensão formulado pela CFEL, o conselheiro Telmo Passareli, em juízo perfunctório, compreendeu pela irregularidade do apontamento, mas considerou

inexistir o *periculum in mora* dada a suspensão do certame realizada pela própria Administração de Nova Era. Em seus termos, em síntese:

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

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 dessa natureza. Tal prática não implica, necessariamente, na inexequibilidade da proposta, uma vez que a prestadora dos serviços pode obter como receita própria não apenas a taxa de administração, mas também o resultado das aplicações do montante dos benefícios concedidos durante o período compreendido entre a sua disponibilização pela contratante, em favor do beneficiário, e o pagamento à rede credenciada, por exemplo.

Esse entendimento, a meu ver, não se modifica com a promulgação da Lei 14.442/2022(1), 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). E, 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.

Não obstante tal entendimento, tendo em vista que o certame se encontra suspenso até que advenha decisão resolutiva desta Corte acerca do mérito desta denúncia, entendo que não se mostra presente, neste momento, o requisito do perigo da demora, razão pela qual indefiro o pedido de medida cautelar formulado nos autos.

Em sede de defesa (peça n. 86), os agentes públicos citados (Txai da Silva Costa; Edmar Gonçalves; Helvécio Ermelindo Ferreira; Marxiley Lima Azevedo; Poliana Aparecida Barbosa de Souza Baeta; Verônica Bueno Silva; Paula Martins da Costa Drumond) argumentaram que, ao negar a aplicação do art. 3º, I, da Lei n. 14.442/2022 aos servidores municipais, “significa, de maneira indireta, se está transferindo a eles o ônus dos descontos negativos oferecidos pelas empresas gestoras dos cartões de auxílio-alimentação”, alegando ser notório que os descontos negativos impostos às empresas fornecedoras de alimentos refletem nos preços dos produtos adquiridos pelos trabalhadores.

Aduziram que os trabalhadores, ao usarem o cartão-alimentação para fazer compras, se deparam com tabelas de preços diferenciadas nos estabelecimentos comerciais, “impactando diretamente na aquisição de alimentos para si e suas famílias, fazendo incidir gravíssimo desvio de finalidade do auxílio-alimentação”.

Argumentaram ademais que a jurisprudência desta Corte de Contas provém dos anos de 2021 e 2022 e, diante do entendimento mais recente e proferido em outros tribunais, pugnaram pela mudança de entendimento desta Casa, asseverando que a Administração Pública e principalmente o servidor sofrem os impactos de se admitir a taxa de administração negativa, um desequilíbrio na relação contratual.

Citaram jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, do Tribunal de Contas do Espírito Santo, do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Questionaram por que a proteção conferida ao trabalhador em regime celetista não poderia ser estendida ao servidor público.

Asseveraram que os servidores da prefeitura de Nova Era pagarão mais pelos produtos em comparação aos demais servidores se acaso aceitarem a imposição de taxas de administração

negativa. Indicaram a função social do contrato e a necessidade de se utilizar a analogia para garantir a proteção conferida pela Lei n. 14.442/2022 aos servidores.

Analisando as razões de defesa (peça n. 96), a CFEL reafirmou o entendimento deste Tribunal de Contas, manifestando-se pela procedência da irregularidade, pela aplicação de multa aos responsáveis e pela expedição de recomendação.

Em seu parecer conclusivo (peça n. 97), o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas reiterou seus argumentos expostos em sua manifestação preliminar e indicou haver recente julgado deste Tribunal de Contas, do ano de 2024, quanto à possibilidade da taxa negativa. Considerou procedente o apontamento de irregularidade, mas, diante da controvérsia jurisprudencial, não vislumbrou erro grosseiro, de modo a afastar a aplicação de sanções por esta Corte, e opinou: pela procedência parcial da denúncia; pela expedição de determinação à gestão de Nova Era que encaminhe ao Tribunal prova de anulação do certame, sob pena de multa; pelo encaminhamento de cópia integral dos autos de eventual procedimento licitatório que venha a ser publicado em substituição ao anulado, sob pena de multa.

Pois bem.

Conforme bem narrado pela CFEL (peça n. 26), a jurisprudência desta Corte vem se firmando no sentido de que as normas da Lei n° 14.442/2022, que vedam a exigência ou recebimento de qualquer deságio pelo empregador que contrata o serviço de fornecimento de auxílio-alimentação por meio de cartões, se aplicariam somente quando tal auxílio se destinasse a empregados contratados pelo regime celetista.

Apresento a recente decisão proferida nos autos da Denúncia n° 1098634, de relatoria do Conselheiro Agostinho Patrus, julgada pela Primeira Câmara em 10/10/2023, em que o voto do Relator foi aprovado à unanimidade:

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO ELETRÔNICO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO, GERENCIAMENTO, EMISSÃO E FORNECIMENTO DE VALE ALIMENTAÇÃO, NA FORMA DE CARTÕES MAGNÉTICOS COM CHIP DE IDENTIFICAÇÃO, EM QUANTIDADE VARIÁVEL PARA OS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS. CRITÉRIO DE JULGAMENTO DO MENOR PERCENTUAL DE TAXA DE ADMINISTRAÇÃO. TAXA DE ADMINISTRAÇÃO NEGATIVA. APONTAMENTO DE POSSÍVEL INEXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA CONTRATADA. CUMPRIMENTO INTEGRAL DO CONTRATO. EXECUÇÃO EFETIVA DO CONTRATO. IMPROCEDÊNCIA. ARQUIVAMENTO.

1. Nos certames licitatórios destinados ao fornecimento de cartões de vale-refeição ou alimentação, é lícita, em regra, a fixação de taxas de administração negativas, conforme sedimentado na jurisprudência desta Corte de Contas, que, por si só, não torna as propostas inexequíveis, devendo ser averiguada a compatibilidade da taxa oferecida no caso concreto, a partir de critérios objetivos.

2. As regras insertas na Lei n. 14.442/2022 possuem aplicabilidade restrita ao âmbito das contratações regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, devendo ser observadas por órgão ou entidade inscrito no Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT e que possuam agentes públicos vinculados ao regime celetista.

No mesmo sentido o julgado da Segunda Câmara, de relatoria do Conselheiro Wanderley Ávila, proferido nos autos da Denúncia n° 1148644, em sessão do dia 06/02/2024, também aprovado à unanimidade:

DENÚNCIA. CÂMARA MUNICIPAL. CONTRATAÇÃO DE FORNECIMENTO DE AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO PARA SERVIDORES ESTATUTÁRIOS. TAXA DE ADMINISTRAÇÃO NEGATIVA. POSSIBILIDADE. PAGAMENTOS

ANTECIPADOS. IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PAGAMENTOS QUE DEVEM SER PRECEDIDOS PELA LIQUIDAÇÃO DA DESPESA. IMPROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA. ARQUIVAMENTO.

1. A Lei nº 14.442/2022 deve ter sua aplicação restrita à contratação de auxílio-alimentação em favor de celetistas, não se aplicando à contratação do mesmo benefício para servidores públicos estatutários, razão pela qual é lícito à Administração Pública admitir a oferta de taxas de administração negativas de sociedades empresárias que forneçam serviços de cartão de referido auxílio.

2. Nos termos da Lei nº 8.666/1993 e Lei nº 4.320/1964, os pagamentos realizados pela Administração Pública não se darão antecipadamente, mas, sim, após a regular liquidação da despesa e respectiva prestação dos serviços ou fornecimento dos bens devidos pelo contratado.

Assim, endosso o entendimento deste Tribunal, no sentido de que a Lei nº 14.442/2022 deve alcançar, no âmbito da Administração Pública, apenas os contratos que visem ao fornecimento de auxílio-alimentação para contratados pelo regime celetista junto ao ente ou entidade pública. Para a mesma contratação direcionada a servidores estatutários da entidade contratante, devem prevalecer os princípios da competitividade e da escolha da melhor proposta pela Administração.

Friso, ademais, que o Acórdão n. 459/2023 do TCU, que foi indicado no edital do Pregão Eletrônico n. 40/2023, aborda a vedação à taxa de administração negativa sob análise de caso em que tinha como beneficiados os **colaboradores** do sistema Federação das Indústrias do Estado de Pernambuco (FIEPE) – e não os servidores, portanto. De fato, o Ministro Relator Macos Bemquerer, naquele acórdão, teceu suas considerações considerando a natureza jurídica dos beneficiados e não há indícios de extensão da interpretação normativa aos servidores públicos. Cito excerto daquele acórdão:

17. Como visto no Relatório precedente e na parte preambular acima, o certame deflagrado pelos Departamentos Regionais de Pernambuco do Senai/PE e do Sesi/PE tem por objetivo a contratação, em essência, de serviços de administração, intermediação e fornecimento de benefício alimentação e refeição **aos colaboradores do sistema FIEPE (Federação das Indústrias do Estado de Pernambuco)**.

18. Em hipóteses quejandas, é bastante comum o critério de julgamento da disputa se guiar pelo “menor preço”, ou seja, vence a empresa que apresentar a menor taxa de administração, como no caso que ora se examina. Na prática, as licitantes acorriam aos certames dessa natureza ofertando taxa zero ou negativa.

19. Ocorre que sobreveio a Medida Provisória (MP) 1.108/2022, atualmente convertida na Lei 14.442/2022, que, em seu art. 3º, proibiu o deságio na contratação de vales refeição e alimentação ou taxa de administração negativa aplicada sobre valor dos referidos benefícios, verbis: “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;”

20. Somente para fins de informação, reproduzo trecho da “exposição de motivos”, referente à questão, que acompanhou a MP 1.108/2022:

[...]

21. Diante dessa novel realidade normativa, ganha musculatura a tendência competitiva de as licitantes oferecerem “taxa de administração zero”, em face da proibição da “taxa negativa”, empatando a disputa. Essa situação fático-jurídica faz com que os “olhos” do Controle Externo se voltem para os critérios de desempate das propostas previstos nos editais, haja vista que a propensão doravante será a ocorrência de igualdade nos preços apresentados ao poder público pelas empresas.

22. A solução encontrada pelas entidades (Senai/PE e Sesi/PE) foi a de estabelecer, no PPC 1/2022, critério de desempate baseado no sufrágio a ser “**realizado pelo Sistema FIEPE entre os funcionários ativos beneficiários dos serviços**” (subitem 8.4 do edital, peça 1, p. 11), para o caso de uniformidade de taxas de administração entre duas ou mais propostas.

[...]

25. Parece-me que o critério de desempate adotado pelos Departamentos Regionais de Pernambuco do Senai/PE e do Sesi/PE alcançou razoabilidade desejada ante a nova realidade normativa inaugurada pela Medida Provisória 1.108/2022, convertida na Lei 14.442/2022.

26. Consta da peça 34, p. 10, que o escrutínio ocorreu segundo regulamentado no edital, por meio de link enviado por e-mail a **todos os funcionários do Sistema Fiepe**, que direcionava à plataforma Forms, acessível somente pela conta institucional de cada colaborador, tendo resultado em 569 votos à empresa Sodexo Pass do Brasil Serviços e Comércio S.A (52,88%) e em 507 votos à empresa Ticket Serviços S/A (47,12%) dos 1.076 respondentes (73% do total de 1.474 colaboradores).

(Grifou-se)

Ademais, no trecho do relatório técnico elaborado pela Unidade Técnica daquela Corte, exposto no mesmo Acórdão n. 459/2023 do TCU, compreendo ser ainda mais evidente o entendimento de que as normas da Lei n. 14.442/2022 estendem-se tão somente às esferas da Administração Pública que contêm agentes públicos contratados sob o regime celetista. Veja-se o excerto:

21. Sobre a questão, há que se atentar, no caso concreto, que a vedação de aceitação de taxas negativas, nos termos do item 8.3 do edital (peça 2, p. 26), decorrente do disposto no art. 3º, inciso I, da Medida Provisória (MP) 1.108/2022, foi mantida a partir da conversão da MP na Lei 14.442/2022 com a mesma disposição.

22. Em análise de instrução de oitiva prévia anterior (peça 34, p. 9-10), havia ainda dúvida acerca da conversão ou não da sobredita medida provisória em lei, bem como da aprovação de eventuais emendas supressivas quanto ao art. 3º da medida provisória ora em apreço, por considerarem prejudicial para as empresas e seus colaboradores, que poderiam perder vantagens e benefícios advindos de negociações estabelecidas entre empregadores e empresas fornecedoras desses serviços.

23. Todavia a nova lei manteve a proibição de acordos entre empresas e seus fornecedores de auxílio-alimentação de qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado, o que irá exigir da administração a escolha de outros critérios de julgamento, em caso de empate das propostas, pois, com a vedação das taxas negativas, em termos práticos, as empresas passaram a oferecer taxas de administração iguais a zero.

24. Com efeito, a vedação da utilização da taxa negativa em contratos de fornecimento de vales alimentação e refeição trouxe implicações para as futuras contratações da administração como um todo, **sejam das empresas públicas e sociedades de economia mista da Administração Pública Federal, sejam das entidades do Sistema ‘S’, já que o benefício da alimentação é um direito assegurado aos empregados públicos, previsto no § 2º do artigo 457 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).**

[...]

38. **De fato, a nova regulamentação legal, na forma descrita pelas entidades, impactará todas as entidades componentes dos serviços sociais autônomos, como também as empresas públicas e sociedades de economia mista, o que enseja a necessidade de uma discussão bem mais ampla sobre a problemática dos contratos de fornecimento de vales alimentação e refeição.**

(Grifou-se)

Outros acórdãos que admitiram a vedação da taxa de administração negativa também possuíam como objeto de análise a contratação de empresa para fornecimento de “vale alimentação” para colaboradores/funcionários, como se observa do Acórdão n. 5495/2022<sup>2</sup>, julgado em 13/09/2022; Acórdão de Relação n. 2742/2023<sup>3</sup>, julgado em 04/04/2023; Acórdão n. 640/2023<sup>4</sup>, julgado em 05/04/2023; Acórdão n. 2114/2023<sup>5</sup>, julgado em 11/10/2023 (neste último, ressalta-se a natureza trabalhista do vínculo dos empregados dos conselhos profissionais, nos termos do art. 58, § 3º, da Lei n. 9649/1998 e ADC n. 36, julgada pelo STF).

Desta feita, não vislumbro a suposta alteração no entendimento do TCU quanto à matéria, como alegado pelos defendentes.

Quanto ao questionamento sobre “quem paga a conta”, coaduno-me ao entendimento exposto pelo Ministro Relator Augusto Sherman, no Acórdão n. 1482/2019, julgado pelo Plenário do TCU no dia 26/06/2019:

É importante ressaltar que essa providência visa ampliar a competição entre as licitantes e reduzir os custos para a empresa contratante. Como já registrado quando da prolação do Acórdão 2.619/2018-Plenário, a possibilidade de oferta de taxa negativa deriva do fato de que a remuneração das empresas prestadoras do serviço de fornecimento de vale-refeição/alimentação **não se limita ao eventual recebimento da taxa de administração, mas decorre também da cobrança realizada aos estabelecimentos credenciados e dos rendimentos das aplicações financeiras sobre os repasses dos contratantes, a partir do seu recebimento até o efetivo pagamento à rede conveniada.**

(Grifou-se)

Assim, em virtude de não haver provas ou indícios que demonstrem a lesão efetiva ou o potencial lesivo aos servidores do Município de Nova Era – a não ser as alegações constantes na defesa, de que haveria preços diferenciados aos servidores beneficiados, alegações estas que se contrapõem à viabilidade de se admitir a taxa negativa sem que haja prejuízo à coletividade, compreendo inexistir, nos autos, elementos que rechacem sua viabilidade, devendo, portanto, prevalecer a opção que gera economia aos cofres públicos.

A taxa de administração negativa, portanto, não pode ser vedada quando se tratar de contratação de empresa que prestará serviços de gerenciamento e administração do vale alimentação, que tenha como beneficiários os servidores públicos, de modo que eventual inexistência deve ser averiguada no caso concreto, mediante parâmetros objetivos estabelecidos pelo edital.

Debruçando-me sobre o caso concreto, verifico que, na especificação do objeto do certame, no item 1, do Termo de Referência do Pregão Eletrônico n. 40/2023, Processo Licitatório n. 126/2023, expõe-se que os serviços a serem posteriormente contratados terão como beneficiários os “servidores da Administração municipal direta, indireta da Prefeitura Municipal de Nova Era/MG”<sup>6</sup>. Constato, ademais, que o item 19.3 do Termo de Referência do

<sup>2</sup> Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-2551897>. Acesso em: 18 jul. 2024.

<sup>3</sup> Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-2557863>. Acesso em: 18 jul. 2024.

<sup>4</sup> Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-2584298>. Acesso em: 18 jul. 2024.

<sup>5</sup> Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/ACORDAO-COMPLETO-2627119>. Acesso em: 18 jul. 2024.

<sup>6</sup> Disponível em:

[https://www.novaera.mg.gov.br/abrir\\_arquivo.aspx/Pregao\\_Eletronico\\_40\\_2023\\_edital\\_r etificado?cdLocal=3&arquivo={386AECEB-DDBA-BD8E-3E13-](https://www.novaera.mg.gov.br/abrir_arquivo.aspx/Pregao_Eletronico_40_2023_edital_r etificado?cdLocal=3&arquivo={386AECEB-DDBA-BD8E-3E13-)

certame veda expressamente a oferta de propostas com taxa de administração negativa. Veja-se:

19 - DA PROPOSTA DE PREÇOS

[...]

19.3 - O critério de julgamento da proposta será o de menor percentual (menor taxa de administração).

NÃO SERÁ ADMITIDA TAXA NEGATIVA – DESÁGIO CONFORME DISPOSTO NO ACORDÃO 459/2023 DO TCU BEM COMO DECRETO Nº 10.854/2021 E LEI FEDERAL Nº 14.442/2022

Acórdão 459/2023 Plenário (Representação, Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer) Licitação. Proposta. Preço. Limite mínimo. Taxa de administração. Vale refeição. Auxílio-alimentação. Vedação.

Em licitações para prestação de serviços de administração, intermediação e fornecimento de benefício alimentação e refeição, é vedada a apresentação de proposta de preço com taxa de administração negativa (art. 3º, inciso I, da Lei 14.442/2022).

Do empate entre as propostas:

Na hipótese de apresentação de propostas inicial no sistema, ou na fase de lances, os percentuais ficarem empatados, será utilizado como critério de desempate o sorteio público (realizado pelo sistema Licitar Digital).

(Grifou-se)

Como bem indicado pela CFEL e pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, é possível concluir que tal vedação levou todos os 17 (dezesete) licitantes a ofertarem propostas com taxa de administração zero (peça n. 37), dado ser o menor valor possível de ser alcançado nos termos dos parâmetros conferidos pelo edital, impossibilitando, portanto, que a Administração de Nova Era alcançasse a proposta mais vantajosa mediante disputa de preços no pregão, sendo obrigada, diante do empate geral, a valer-se de critérios de desempate para obter o licitante vencedor.

Não obstante a presença da irregularidade, em virtude de os agentes públicos terem se valido de entendimento jurisprudencial de outros Tribunais de Contas e diante da inexistência de efetiva lesão ao interesse público dado que o certame foi suspenso (peças n. 34 e 35), considero prescindível a análise de responsabilidade com a consequente imputação de sanções aos agentes públicos.

Assim, diante da irregularidade constatada e considerando a suspensão do certame realizada pela gestão de Nova Era (peças n. 34 e 35), bem como considerando os requerimentos do Ministério Público (peça n. 97), voto, com fundamento no art. 121, § 3º, do Regimento Interno, para que seja determinado ao prefeito do Município de Nova Era que anule o Pregão Eletrônico n. 40/2023, Processo Licitatório n. 126/2023 e encaminhe a este Tribunal de Contas, no prazo de 15 (quinze) dias, a publicação do ato de anulação, sob pena de multa nos termos do art. 85, III, da Lei Complementar Estadual n. 102/2008.

Deixo de determinar o encaminhamento de novo edital que eventualmente venha a ser deflagrado com mesmo objeto, por não vislumbrar a presença dos critérios de materialidade, risco e relevância que, conforme o art. 71, *caput*, da Resolução n. 24/2023, devem balizar as atividades de controle externo. Ademais, o controle social exercido pelos licitantes minimiza substancialmente o risco de uma nova contratação viciada.

### III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, **voto pela parcial procedência** da Denúncia em razão da presença de irregular vedação à oferta de propostas com taxa de administração negativa pelos licitantes, prevista no item 19.3 do Termo de Referência do edital do Pregão Eletrônico n. 40/2023, Processo Licitatório n. 126/2023, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Nova Era, em afronta ao entendimento jurisprudencial consolidado deste Tribunal de Contas.

Em virtude da irregularidade constatada, considerando a ausência do efetivo prejuízo, a suspensão do certame efetuada pela Administração do Município de Nova Era e o requerimento do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, voto, com fundamento no art. 121, § 3º, do Regimento Interno, para que seja determinado ao prefeito do Município de Nova Era que anule o Pregão Eletrônico n. 40/2023, Processo Licitatório n. 126/2023 e encaminhe a este Tribunal de Contas, no prazo de 15 (quinze) dias, a publicação do ato de anulação, sob pena de multa nos termos do art. 85, III, da Lei Complementar Estadual n. 102/2008.

Intimem-se as partes e seus procuradores desta decisão, nos termos do art. 245, II e §2º, I, da Resolução n° 24/2023 (Regimento Interno).

Ultimadas as providências cabíveis, arquivem-se os autos, nos termos do art. 258, I, do Regimento Interno deste Tribunal de Contas.

É como voto.

jc/saf

