



CÂMARA DE VEREADORES DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE ITU ESTADO DE SÃO PAULO

PARECER JURÍDICO

Processo Administrativo nº: 63/2023

Pregão Presencial nº 02/2023 (Cartão Alimentação)

Objeto: Recursos interpostos por licitantes

Interessado: Setor de Licitação e Contratos

Recorrentes: 1) Verocheque Refeições Ltda;

2) Up Brasil Administração e Serviços Ltda

Recorrido: Mega Vale Administração de Cartões e Serviços Ltda

DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL LEIS NºS 10.520/2002 E 8.666/1993. LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006. CARTÃO ALIMENTAÇÃO. EMPATE REAL. DIREITO DE PREFERÊNCIA. ACÓRDÃOS DO TCESP E TJSP.

1. Do relatório:

1.1 O Setor Jurídico recebe os autos do Setor de Licitação e Contratos para a análise das alegações expostas nos recursos administrativos interpostos pelas licitantes acima referidas, bem como das assertivas expostas pela empresa recorrida.

1.2 A **primeira recorrente** "(R1)" requer a inabilitação da recorrida pelo desenquadramento do porte da empresa, questiona o faturamento/receita e o direito de preferência, a retomada do sorteio com a ampla participação dos licitantes e outros aspectos de cunho contábil com repercussão na esfera penal.

1.3 A **segunda recorrente** "(R2)" requer a anulação a decisão do pregoeiro que consagrou vencedor a recorrida, com fundamento no descumprimento da Lei nº 8.666/1993 e os critérios de direito de preferência na definição de empate.

1.4 A recorrida (r) refuta as razões apontadas pela R1, assegura a idoneidade dos instrumentos contábeis, e no que concerne as razões assinaladas pela R2



CÂMARA DE VEREADORES DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE ITU **ESTADO DE SÃO PAULO**

afirma a prevalência da Lei Complementar nº 123/2006 em situações de empate real nas propostas das proponentes.

2. Da análise:

2.1 O ponto de partida para a questão que tem sido suscitada na esfera dos Tribunais de Contas e também judicialmente, é a devida interpretação do art. 3º da Lei nº 14.442, de 02 de setembro de 2022 (conversão da Medida Provisória nº 1.108/2022), que dispõe sobre o pagamento de auxílio-alimentação ao empregado, entre outras alterações, *in 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;

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.

§ 1º A vedação de que trata o caput deste artigo não se aplica aos contratos de fornecimento de auxílio-alimentação vigentes, até seu encerramento ou até que tenha decorrido o prazo de 14 (quatorze) meses, contado da data de publicação desta Lei, o que ocorrer primeiro.

§ 2º É vedada a prorrogação de contrato de fornecimento de auxílio-alimentação em desconformidade com o disposto no caput deste artigo.” (gn)

2.2 Nesse contexto, cumpre reproduzir parágrafo essencial contida na Exposição de Motivos (EM nº 00005/2022 MTP) relativo à vedação da taxa negativa ou deságio:

“19. Outra consequência adversa do modelo de arranjos de pagamento no âmbito do Programa de Alimentação



CÂMARA DE VEREADORES DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE ITU **ESTADO DE SÃO PAULO**

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.**”

2.3 A exposição de motivos é incontroversa em relação a prática de empresas facilitadoras de aquisição de refeições e gêneros alimentícios e as consequências deletérias. Portanto, não surpreende a constituição de várias empresas a atuarem nesse segmento econômico.

2.4 O acirramento competitivo torna-se mais intenso com a utilização do parâmetro “taxa zero”.

2.5 Os desdobramentos tornam-se nítidos no âmbito da administração pública, os certames licitatórios extravasam o plano administrativo a desaguar nos Tribunais de Contas, assim como no Poder Judiciário.

2.6 A título ilustrativo a refletir o momento atual instaurado pelo regime Medida Provisória nº 1.108/2022/Lei nº 14.442, de 02 de setembro de 2022, vale reproduzir o que se noticia no sítio eletrônico do Tribunal de Contas da União (TCU):

“TCU considera válida a adoção de votação dos empregados como critério de desempate em licitação do Senai/PE e do Sesi/PE para fornecimento de vale alimentação

Por Secom TCU

22/03/2023



CÂMARA DE VEREADORES DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE ITU **ESTADO DE SÃO PAULO**

O relator, ministro-substituto Marcos Bemquerer Costa, destacou inicialmente que a Medida Provisória 1.108/2022, posteriormente convertida na Lei 14.442/2022, proibiu o deságio na contratação de vales refeição e alimentação ou taxa de administração negativa aplicada sobre valor dos referidos benefícios (art. 3º).

Assinalou que, diante dessa nova realidade normativa, ganhou força a tendência competitiva de as licitantes oferecerem “taxa de administração zero”, em face da proibição da “taxa negativa”, empatando a disputa. Tal situação fático-jurídica, segundo o relator, 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.

Observou ainda que as entidades licitantes se preocuparam em estabelecer regras minudentes para reger o sufrágio, a exemplo da fixação de quais empregados poderão participar da votação, do quórum mínimo, da ferramenta digital a ser utilizada, das condições de validade do escrutínio, de modo que o critério adotado alcançou razoabilidade desejada ante a nova realidade normativa.

O Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa consignou que a definição do que venha ser um critério objetivo depende da prévia fixação de parâmetros cristalinos no edital do certame, especificados de forma detalhada, para garantir que a aferição (desses critérios) possa ser feita pelos interessados em participar da licitação, pelos órgãos de controle e, em ampla instância, por qualquer pessoa que se interesse em fiscalizar a disputa pública (controle social e *accountability*), evitando-se que o julgamento ou a escolha do vencedor seja submetida a critérios pessoais do contratante e/ou desconhecidos pelos licitantes.

Para o relator, os critérios estabelecidos, no caso concreto, para desempate de propostas com taxas iguais foram minudentemente descritos no edital, estão dispostos de forma objetiva, com parâmetros que apresentam precisão



CÂMARA DE VEREADORES DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE ITU **ESTADO DE SÃO PAULO**

suficiente para escolha da empresa mais votada e podem ser aferidos de maneira transparente, sem qualquer interferência subjetiva das entidades contratantes.

Ao final, o relator propôs e o Plenário acolheu, por unanimidade, considerar parcialmente procedente a representação, sem prejuízo de expedir a recomendação e a ciência pertinentes.

Para mais informações, a coluna recomenda a leitura do Voto condutor do **Acórdão 459/2023 – Plenário**".

2.7 Instado a examinar as questões acima postas, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, nos autos do Exame Prévio de Edital (TC – 158882.989.22-1), sob a relatoria do Conselheiro Renato Martins Costa, assim se pronunciou:

"EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO. CARTÃO ALIMENTAÇÃO. TAXA DE ADMINISTRAÇÃO. CLÁUSULA DO EDITAL CONDICIONANDO A DISPUTA EXCLUSIVAMENTE A PROPOSTAS BASEADAS EM TAXAS NULAS OU NEGATIVAS. DISPOSIÇÃO QUE SE CONTRAPÕE À NORMA E À JURISPRUDÊNCIA RECENTES. REPRESENTAÇÃO PROCEDENTE."

2.8 Em anexo o texto integral do respectivo acórdão.

2.9 Quanto à questão suscitada no âmbito do controle externo, direito de preferência na situação de empate real nas propostas apresentada e o regramento legal aplicado, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo nos autos do Exame Prévio de Edital (Processos TC-001304.989.23-9 e 001305.989.23-8), Relator Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues, manifestou-se conforme consta na ementa:

"EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. PREGÃO. AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO, NA FORMA DE CARTÃO ELETRÔNICO. EMPATE DE PROPOSTAS. MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. OBSERVÂNCIA DO DIREITO DE PREFERÊNCIA. NECESSIDADE DE ANTECIPAÇÃO DOS CRÉDITOS À CONTRATADA. IMPROCEDÊNCIA E PROCEDÊNCIA DAS REPRESENTAÇÕES".



CÂMARA DE VEREADORES DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE ITU **ESTADO DE SÃO PAULO**

2.10 Cumpre observar que uma das representantes no procedimento de Exame Prévio de Edital foi exatamente a "R1", ou seja, conhecedora do posicionamento do TCESP. Incluso o conteúdo integral do acórdão proferido.

2.11 Por motivos óbvios, não se procederá a reprodução dos vários acórdãos proferidos em questões análogas, mesmo porque não se trata de obra de coletânea de julgados do TCESP, nesse sentido sugere-se a consulta ao próprio sítio eletrônico, <https://www.tce.sp.gov.br>.

2.12 E finalmente, na esfera jurisdicional, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em vários acórdãos, abordou a questão posta pelos recorrentes, como se depreende da ementas reproduzidas:

Apelação. Mandado de Segurança. Licitação. Pregão. Fornecimento de auxílio-alimentação por cartão magnético.

Critério de desempate. Preferência às ME e EPP. Ato que decorre de mandamento constitucional e que deve ser observado antes da utilização dos critérios de desempate geral. Taxa de administração negativa. Vedação. Possibilidade. Finalidade social a impedir que o usuário arque com o deságio concedido pela contratada. Inconstitucionalidade ou ilegalidade não configuradas. Entendimento adotado pelo TCE-SP. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1008607-64.2022.8.26.0664; Relator (a): Fernão Borba Franco; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Votuporanga - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/02/2023; Data de Registro: 22/02/2023)

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA. FASE DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS. OCORRÊNCIA DE EMPATE REAL ENTRE AS PROPOSTAS. TRATAMENTO FAVORECIDO À EMPRESA DE PEQUENO PORTE. ART. 170, INC, IX, DA CF. DIREITO DE PREFERÊNCIA. ART. 44 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006. CRITÉRIO DE DESEMPATE. O tratamento protetivo às microempresas e empresas de pequeno porte, nos processos de licitação, não se limita aos casos de empate ficto ou presumido, quando é possível a oferta de novo lance inferior, devendo ser observado idêntico critério nas



CÂMARA DE VEREADORES DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE ITU **ESTADO DE SÃO PAULO**

hipóteses de empate real, isto é, quando as propostas empatadas em primeiro lugar já alcançaramo valor mínimo, em face do que preceitua o art. 44 da Lei Complementar nº 123/06: Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. à Situação dos autos em que somente uma das empresas participantes do certame, uma vez constatado o empate real, ostenta a condição de ME/EPP. O ato levado a efeito pela Autoridade coatora violou direito líquido ecerto da impetrante, dando azo ao refazimento parcial do certame, ante a declaração de nulidade do julgamento das propostas apresentadas. APELO DESPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA INTEGRALMENTE EM REEXAME OBRIGATÓRIO. (Apelação e Reexame Necessário, Nº 70076196989, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em:30-05-2018). Assunto: Direito Público. Licitação. Concorrência. Propostas. Julgamento. Desempate. Critério. Sorteio. Adoção. Empresa de pequeno porte. Tratamento favorecido. Reconhecimento. Certame. Fase. Nulidade. Declaração. Manutenção." (destaquei)(TJRS; Apelação nº 70076196989 [nº CNJ 0383813-46.2017.8.21.7000]; Relator(a) Miguel Ângelo da Silva; Vigésima Segunda Câmara Cível;

Comarca de Origem: Nova Prata; Data do Julgamento: 30/05/2018;Data da Publicação: 06/06/2018.

Preliminar. Perda superveniente do objeto. Inocorrência. Autora que formulou pedido para anulação de licitação. Eventual reconhecimento de vício que alcançará também atos administrativos posteriores. Arguição preliminar desacolhida, portanto. Apelação. Pregão. Pretensão de anulação do processo licitatório. Inadmissibilidade. Vedação ao oferecimento de proposta com taxa de administração negativa que está em conformidade ao artigo 3º, I, da Lei 14.442/2022. Preferência a microempresas e empresas de pequeno porte em hipótese de empate. Inteligência dos artigos 179 da Constituição Federal e 44 da Lei Complementar 123/2006. Logo, recurso improvido (TJSP;



CÂMARA DE VEREADORES DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE ITU **ESTADO DE SÃO PAULO**

Apelação Cível 1008404-40.2022.8.26.0038; Relator (a): Encinas Manfré; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Público; Foro de Araras - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/04/2023; Data de Registro: 20/04/2023)

2.13 Vale lembrar que em sede de resposta no julgamento de impugnação de empresa operadora de cartões de alimentação, cujo teor integral consta no sítio eletrônico da Câmara de Vereadores da Estância Turística de Itu, foi tratada a questão do direito de preferência das ME/EPPs:

“II.2) DA APLICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006. DIREITO DE PREFERÊNCIA ME/EPP. APLICAÇÃO IMPERATIVA.

A segunda impugnação diz respeito ao direito de preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte nos casos de empate, bem como na interpretação dada aos artigos 44 e 45 da Lei Complementar nº123/2006.

O artigo 170, da Constituição Federal, dispõe, no inciso IV, que a ordem econômica deve observar, como um de seus princípios, **“tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte** constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país”.

E a legislação infraconstitucional, em obediência, estabeleceu regras de preferência a tais empresas pela Lei Complementar n.123/2006.

Dispõem os artigos 44 e 45, inciso I da Lei Complementar nº 123/2006:

*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.”*



CÂMARA DE VEREADORES DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE ITU ESTADO DE SÃO PAULO

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I – A microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

No mesmo sentido, discorre José dos Santos Carvalho Filho, in Manual de Direito Administrativo, 31 ed., p. 332/333:

"Outra inovação da lei é o **critério de desempate**. O Critério geral de desempate é o sorteio em ato público, como estabelece o art. 45, § 2º, do Estatuto das Licitações. Na LC nº 123, porém, o critério recai na **preferência** de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. Tratando-se de **critério legal**, dispensável se torna sua previsão no edital. A preferência decorre de empate entre uma dessas empresas e outra (ou outras) que não tenha a mesma qualificação jurídica. Por outro lado, se o empate se der entre duas dessas empresas, o critério não pode ser adotado, tendo-se, que recorrer ao critério geral previsto na Lei nº 8.666/1993."

A previsão legal de preferência tem aplicação imperativa.

O tratamento protetivo às microempresas e empresas de pequeno porte não se limita aos casos de empate presumido, sendo extensível às hipóteses em que as propostas empatam no valor mínimo.

A lei complementar, com escoro constitucional, conferiu inequívoca preferência de contratação para as microempresas e empresa de pequeno porte, não fazendo distinção entre o empate real e ou ficto.

Deve-se ser assegurado o direito de preferência conferido as microempresas e empresas de pequeno porte, em caso de empate REAL e ou FICTO.



CÂMARA DE VEREADORES DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE ITU **ESTADO DE SÃO PAULO**

Vale ressaltar que se aplica a regra especial da Lei Complementar 123/06 em detrimento da regra geral da Lei 8.666/1993 (art.45, 2).

Somente se deve recorrer ao critério geral de isonomia formal previsto na Lei nº 8.666/1993 (art. 3º, § 2º e art.45, §2º), se não houver empresas qualificadas como microempresas e empresas de pequeno porte.

Portanto, a fim de garantir o direito de preferência das microempresas e empresas de pequeno porte, nos casos de empate real e ou ficto, previsto na Lei Complementar n 123/2006, não é o caso de retificar os subitens 8.8 e 8.8.1 do Edital por terem aplicação imperativa e não ferirem a isonomia dos licitantes."

2.14 Portanto, a questão da conjugação de instrumentos normativos das Leis nºs 10.520/2002 e 8.666/1993, Lei Complementar nº 123/2006 em decorrência da incidência da Lei nº 14.442/2022, prescinde de outros fundamentos.

2.15 Apenas para que não paire dúvidas acerca dos fundamentos apontados pela "R1" o ponto levantado sobre o desenquadramento da empresa recorrida, conforme análise contábil do Setor de Contabilidade, concluiu que os documentos contábeis apresentados no certame atendem plenamente as exigências do respectivo edital (Parecer incluso)

3. Da conclusão:

3.1 Os tempestivos recursos interpostos no seu mérito entende-se que não podem ser acolhidos pelos fundamentos acima articulados.

3.2 Encaminhe-se os autos para a decisão da Presidência da Câmara de Vereadores da Estância Turística de Itu.

Itu, 05 de junho de 2023

CELSO GUSUKUMA
Advogado