



Número 455

Sessões: 7, 8, 14 e 15 de março de 2023

Este Informativo contém informações sintéticas de decisões proferidas pelos Colegiados do TCU, relativas à área de Licitações e Contratos, que receberam indicação de relevância sob o prisma jurisprudencial no período acima indicado. Os enunciados procuram retratar o entendimento das deliberações das quais foram extraídos. As informações aqui apresentadas não constituem, todavia, resumo oficial da decisão proferida pelo Tribunal nem representam, necessariamente, o posicionamento prevalecente do TCU sobre a matéria. O objetivo é facilitar o acompanhamento dos acórdãos mais importantes do TCU. Para aprofundamento, o leitor pode acessar o inteiro teor das deliberações por meio dos links disponíveis.

SUMÁRIO

Plenário

1. Em licitação promovida por entidade do Sistema S para a prestação de serviços de administração, intermediação e fornecimento de benefício alimentação e refeição, é válida a adoção de critério de desempate baseado em votação a ser realizada entre os empregados ativos beneficiários dos serviços, desde que o edital estabeleça 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, da divulgação do resultado em sessão pública e das condições de validade do escrutínio.
 2. Na contratação de serviços de administração, intermediação e fornecimento de benefício alimentação e refeição aos seus colaboradores, é recomendável que as entidades do Sistema S, caso decidam pela técnica do credenciamento, observem, por analogia, as disposições do art. 79, parágrafo único, da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos).
-

PLENÁRIO

1. Em licitação promovida por entidade do Sistema S para a prestação de serviços de administração, intermediação e fornecimento de benefício alimentação e refeição, é válida a adoção de critério de desempate baseado em votação a ser realizada entre os empregados ativos beneficiários dos serviços, desde que o edital estabeleça regras minudentes para reger o sufrágio, a exemplo da fixação de quais e empregados poderão participar da votação, do quórum mínimo, da ferramenta digital a ser utilizada, da divulgação do resultado em sessão pública e das condições de validade do escrutínio.

Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades no Pregão Presencial Conjunto (PPC) 1/2022, conduzido pelos Departamentos Regionais de Pernambuco do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai/PE) e do Serviço Social da Indústria (Sesi/PE), tendo como objeto a “*contratação de serviços de administração, intermediação e fornecimento de benefício alimentação e refeição aos colaboradores do sistema Federação das Indústrias do Estado de Pernambuco – FIEPE (Senai/PE, Sesi/PE, FIEPE, IEL/PE e CIEPE), por créditos mensais, cumulativos, nos cartões eletrônicos de alimentação e refeição, que possibilitem a aquisição de gêneros alimentícios in natura e refeições prontas mediante rede de estabelecimentos credenciados*”. O critério de julgamento definido no edital foi o de “menor taxa de administração”. Entre as irregularidades indicadas, mereceu destaque a “*fixação de critério de desempate por votação entre os funcionários*”, em detrimento de critério mais simples e objetivo. Conferida às entidades promotoras da licitação a oportunidade de se manifestarem, a unidade técnica examinou suas justificativas acostadas aos autos e concluiu, em essência, que, “*em caso de empate entre duas ou mais propostas de empresas licitantes, para fins de contratação de serviços de benefício alimentação e refeição de colaboradores, deveriam ser observados critérios objetivos alternativos no julgamento das propostas*”. Em seu voto, o relator destacou preliminarmente que, em contratações dessa natureza, é bastante comum o critério de julgamento da disputa se guiar pelo menor preço, vencendo a empresa que apresentar a menor taxa de administração. Na prática, segundo ele, as licitantes acorriam aos certames ofertando taxa zero ou negativa; todavia, sobreveio a MP 1.108/2022, depois 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 o valor dos referidos benefícios, nos seguintes termos: “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;”. Na sequência, o relator reproduziu trecho da “exposição de motivos” referente à questão, que acompanhou a MP 1.108/2022: “Outra consequência adversa do modelo de arranjos de pagamento no âmbito do Programa de Alimentação do Trabalhador [PAT] 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.”. E acrescentou que, diante da nova 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”, fazendo 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”. Feito esse destaque, assinalou que a solução encontrada pelas entidades Senai/PE e Sesi/PE fora a de estabelecer, no edital do PPC 1/2022, critério de desempate baseado no sufrágio a ser “realizado pelo Sistema FIEPE entre os funcionários ativos beneficiários dos serviços”, para o caso de uniformidade de taxas de administração entre duas ou mais propostas, e que a votação prevista teve regimento assim descrito no edital: “8.4.1. Para fins de realização do referido sufrágio, poderão votar os funcionários que, no período de realização da votação, não estiverem de férias ou afastados por licenças, sejam elas remuneradas ou não. 8.4.2. O sufrágio será realizado através da ferramenta Google Forms, cujo link contendo o formulário de votação será disponibilizado pela Gerência de Pesquisa e Prospectiva do SENAI/PE à Unidade Compartilhada de Gestão de Pessoas do Sistema FIEPE - UCGP. 8.4.3. O Sistema FIEPE, por intermédio da UCGP, convocará seus funcionários para participar da votação através dos seus e-mails institucionais, concedendo o prazo de 5 (cinco) dias úteis para registrar o voto. 8.4.4. O resultado da votação será divulgado em sessão pública, para a qual as licitantes serão convocadas. 8.4.5. Para que o resultado seja considerado válido, a votação deverá contar, em primeira convocação, com a participação de, no mínimo, 70% (setenta por cento) dos funcionários convocados. 8.4.6. Caso seja verificado no momento de abertura do resultado, em sessão pública, que não foi alcançado o quórum mínimo disposto no item 8.4.5, o Sistema FIEPE poderá realizar nova chamada para votação, concedendo um novo prazo de 3 (três) dias úteis, a contar da data sessão pública, para registro do voto, ou utilizar o critério de desempate estabelecido no item 8.4.7. 8.4.6.1. Se for realizada segunda convocação para votação, o resultado será divulgado em sessão pública, para a qual as licitantes serão convocadas. 8.4.6.2. Na hipótese de abertura do resultado da segunda convocação, se verificado que não foi possível alcançar o quórum mínimo pretendido, exigido no item 8.4.5, o resultado será considerado válido se for alcançado o quórum mínimo de 60% (sessenta por cento) dos funcionários votantes. 8.4.7. Caso não seja possível alcançar o quórum mínimo estabelecido no item 8.4.6.2, a classificação se fará por sorteio, na mesma sessão pública referenciada no item 8.4.6.1.”. Dito isso, o relator afirmou crer que as entidades que conduziram o certame se preocuparam em estabelecer regras pormenorizadas para “reger o sufrágio, a exemplo da fixação de quais empregados poderão participar da votação, do quórum mínimo, da ferramenta digital a ser utilizada, da divulgação do resultado em sessão pública com a participação das empresas licitantes (na hipótese de 2ª convocação), das condições de validade do escrutínio, bem como previu a hipótese ancilar de sorteio no caso de insucesso para alcançar o quórum mínimo”. Quanto à questão da suposta subjetividade da referida regra editalícia, suscitada na representação, o relator retrucou que, no caso concreto, os critérios estabelecidos para desempate de propostas com taxas iguais “foram minudentemente descritos no edital, estão dispostos de forma objetiva, com parâmetros que apresentam precisão suficiente para escolha da empresa mais votada e podem ser aferidos de maneira transparente, sem qualquer interferência subjetiva das entidades contratantes. Repiso que o escrutínio ainda poderia ser secundado por eventual sorteio, em caso de não alcance do quórum de votação



previsto”. Após repisar que os parâmetros da disputa foram razoáveis e especificados de forma clara, objetiva e detalhada no instrumento convocatório da licitação, o relator manifestou-se pela validade do critério de desempate adotado no PPC 1/2022, no que foi acompanhado pelos demais ministros.

Acórdão 459/2023 Plenário, Representação, Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer.

2. Na contratação de serviços de administração, intermediação e fornecimento de benefício alimentação e refeição aos seus colaboradores, é recomendável que as entidades do Sistema S, caso decidam pela técnica do credenciamento, observem, por analogia, as disposições do art. 79, parágrafo único, da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos).

Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades no Pregão Presencial Conjunto (PPC) 1/2022, conduzido pelos Departamentos Regionais de Pernambuco do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai/PE) e do Serviço Social da Indústria (Sesi/PE), tendo como objeto a “*contratação de serviços de administração, intermediação e fornecimento de benefício alimentação e refeição aos colaboradores do sistema Federação das Indústrias do Estado de Pernambuco – FIEPE (Senai/PE, Sesi/PE, FIEPE, IEL/PE e CIEPE), por créditos mensais, cumulativos, nos cartões eletrônicos de alimentação e refeição, que possibilitem a aquisição de gêneros alimentícios in natura e refeições prontas mediante rede de estabelecimentos credenciados*”. O critério de julgamento definido no edital foi o de “menor taxa de administração”. Conferida às entidades promotoras da licitação a oportunidade de se manifestarem, a unidade técnica examinou suas justificativas acostadas aos autos e, entre outras providências, propôs fosse recomendado ao Sesi/DN e ao Senai/DN que, em contratações dessa natureza, considerando a vedação de deságio ou o uso de taxa de administração negativa (imposta pelo art. 3º, inciso I, Lei 14.442/2022), avaliassem a conveniência e a oportunidade de normatizar ou orientar seus departamentos regionais para que, caso essa seleção seja mediante credenciamento, observem “*procedimentos similares aos dispostos no art. 79, parágrafo único, da Lei 14.133/2021, mediante ainda a aplicação analógica do entendimento constante do Acórdão 533/2022-TCU-Plenário*”. Em seu voto, o relator assinalou, preliminarmente, que a proposta da unidade instrutiva tinha sim “*aderência à jurisprudência do Tribunal*” e, para “*melhor aproximação com a matéria*”, reproduziu o seguinte excerto do voto condutor do [Acórdão 5495/2022-2ª Câmara](#), que também fez alusão ao precitado [Acórdão 533/2022-Plenário](#), nos seguintes termos: “27. O credenciamento tem sido a alternativa encontrada pela Administração Pública para contratar serviços de gerenciamento e fornecimento de vales alimentação e refeição após a proibição do emprego da taxa de administração negativa, veiculada no Decreto 10.854/2021 e na Medida Provisória 1.108/2022. 28. Até então o objeto era licitado pelo critério de julgamento do menor preço, e vencia a empresa que fornecesse a menor taxa de administração, inclusive negativa. A impossibilidade de uso de tal critério doravante impõe à Administração o dever de encontrar modelos alternativos. 29. Trata-se de um problema recente, cuja solução demanda contemporização entre vantagens e desvantagens de cada uma das possibilidades, atenta aos princípios norteadores das contratações públicas. 30. Dessa maneira, embora não coincida com as hipóteses ordinárias de inexigibilidade previstas na Lei 13.303/2016, tratadas no [Acórdão 351/2010-TCU-Plenário](#), cujos pressupostos centrais são a impossibilidade de competição e a necessidade da prestação de serviços por diversos prestadores concomitantes, é necessário reconhecer a subsunção da situação ao credenciamento previsto no art. 79, inciso II, da Lei 14.133/2021: ‘Art. 79. O credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação: II - com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação’. 31. Trata-se exatamente da hipótese ora avaliada. A Administração limitar-se-á a credenciar as empresas que atenderem as condições mínimas do edital, para que então os beneficiários dos vales refeição e alimentação, de acordo com as suas preferências, escolham o prestador. 32. A propósito, reitero trecho do voto de autoria do Ministro Antônio Anastasia, em que este Tribunal reconheceu a possibilidade de aplicação analógica da Lei 14.133/2021 às estatais em situação similar: [...] 33. Nesse sentido, não se observa impeditivo ao uso do credenciamento na forma realizada pela Infraero.”. Na sequência, o relator destacou que, embora os precedentes acima fossem referentes às empresas estatais, ou seja, orientassem a aplicação analógica das regras do art. 79 da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos) àquelas entidades regidas, em suas licitações, pela Lei 13.303/2016, essa interpretação poderia ser “*igualmente estendida à hipótese ora em exame do Sistema S*”, pois, caso as entidades desse sistema optem pela técnica do credenciamento para contratar serviços de benefício alimentação e refeição, “*seria recomendável que adotassem,*



por analogia, as disposições da Lei 14.133/2021”. Assim sendo, nos termos propostos pelo relator, o Plenário decidiu, entre outras medidas, “recomendar aos Departamentos Nacionais do Sesi e do Senai que orientem as suas entidades regionais, na contratação de serviços de administração, intermediação e fornecimento de benefício alimentação e refeição aos seus colaboradores, caso decidam contratar pela técnica do credenciamento, que observem, por analogia, as disposições do art. 79, parágrafo único, da Lei 14.133/2021, bem como o entendimento constante do [Acórdão 533/2022 – Plenário](#) (rel. min. Antônio Anastasia)”.

Acórdão 459/2023 Plenário, Representação, Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer.

Observações:

Inovação legislativa:

[Medida Provisória 1.167, de 31.3.2023](#) - Altera a Lei 14.133/2021, para prorrogar a possibilidade de uso da Lei 8.666/1993, da Lei 10.520/2002 e dos arts. 1º a 47-A da Lei 12.462/2011.

[Decreto 11.462, de 31.3.2023](#) - Regulamenta os arts. 82 a 86 da Lei 14.133/2021, para dispor sobre o sistema de registro de preços para a contratação de bens e serviços, inclusive obras e serviços de engenharia, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

[Decreto 11.461, de 31.3.2023](#) - Regulamenta o art. 31 da Lei 14.133/2021, para dispor sobre os procedimentos operacionais da licitação na modalidade leilão, na forma eletrônica, para alienação de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos, e institui o Sistema de Leilão Eletrônico no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

Elaboração: Diretoria de Jurisprudência - Secretaria das Sessões

Contato: jurisprudenciafaleconosco@tcu.gov.br

