

Processo Licitatório: 12/2023.

Modalidade: Pregão Presencial.

Solicitante: Pregoeiro.

Assunto: Contratação de empresa especializada para administração, gerenciamento, emissão e fornecimento de vale alimentação, na forma de cartões de auxílio alimentação, eletrônico/magnético com chip, com senha pessoal, para recargas mensais, solicitados conforme demanda, destinados aos servidores municipais de São Miguel da Boa Vista.

PARECER JURÍDICO

Trata-se de parecer jurídico solicitado pelo Pregoeiro designado, com a finalidade de balizamento jurídico quanto à impugnação ao edital apresentada por possível licitante, conforme documentos anexos aos autos, a qual questiona os seguintes itens:

- *Aceitação de desconto na taxa de administração com o oferecimento de valores negativos, prevista no subitem 8.1.1 do edital.*
- *A forma pós-paga atribuída como procedimento para repasse dos créditos, prevista no subitem 12.1 do edital.*

De início é importante salientar que o presente parecer jurídico é meramente opinativo, com o objetivo de orientar as autoridades e agentes públicos competentes na resolução de questões postas em análise de acordo com a documentação apresentada, não sendo, portanto, vinculativo à decisão que poderá optar pelo acolhimento das presentes razões, ou não.

A questão das taxas negativas no objeto licitado, assim como em outros conexos, tais como vale-combustível e gerenciamento de frota de veículos, já vem sendo amplamente discutido nas diversas esferas.

O Tribunal de Contas da União (TCU) todas as vezes que proclamou pela regularidade das taxas negativas se postou em defesa da não presunção de

inexequibilidade das propostas, conforme estabelece o artigo 48, inciso II, §1º da Lei nº 8.666/1993 e na Súmula nº 262 – TCU, visto que mesmo negativas essas propostas representariam economicidade e vantajosidade ao contratante.

Neste sentido, o TCU entendeu que, nas licitações para operacionalização de vale-refeição, vale-alimentação, vale-combustível e cartão combustível, “*não se deve proibir o oferecimento de proposta de preço com taxa de administração zero ou negativa*”, embora fosse necessária a avaliação sobre a exequibilidade de proposta com taxa de administração negativa ou de valor zero, a partir de critérios previamente fixados no edital.

Na leitura do Tribunal de Contas da União, as empresas, uma vez executando os contratos, supriam o *déficit* decorrente da não remuneração direta pelo contratante e do complemento ao valor total que haviam se obrigado com a oferta negativa, através de tratativas com a rede de fornecedores ou com a rentabilidade dos valores depositados. Na realidade, a prestação dos serviços se torna uma oportunidade para outros negócios, e a Administração Pública, ao conferir a exequibilidade das propostas nestes termos, consente com essa prática, visto que, a relação da operadora com os estabelecimentos credenciados é relação de direito privado, entre terceiros, o que foge a ação do poder público e ao objeto licitado.

Os presentes questionamentos também já encontram guarida nas decisões de diversos Tribunais de Contas dos Estados brasileiros. Como por exemplo, temos a Decisão 04007/2022-1 - Plenário, do Tribunal de Contas do Espírito Santo (TCE/ES). Em sua decisão, aquele Tribunal entendeu que a finalidade da norma proibitiva de “**taxa de administração negativa**”, contida na Medida Provisória 1.108/2022, convertida na Lei Federal nº 14.442/2022, que dispõe sobre o pagamento de auxílio-alimentação de que trata o § 2º do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho, a qual buscava impedir o duplo benefício às pessoas jurídicas beneficiárias do PAT (Programa de Alimentação ao Trabalhador) com a isenção do imposto de renda e com as taxas de deságio concedidas

pelas facilitadoras contratadas, sendo, portanto, inaplicável aos órgãos públicos, visto que não se enquadram como pessoa jurídica beneficiária de deduções tributárias do PAT.

Logo, as pessoas jurídicas de direito público possuem regime jurídico próprio, sobretudo no âmbito das contratações públicas, por meio dos procedimentos licitatórios, a qual se destina à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, consoante o artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/1993.

Nesse sentido também é o posicionamento de nosso Respeitado Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, o qual, por intermédio dos Processos @PAP 22/80082203, @REP 19/00021401, @REP 19/00038126, @REP 19/00058151, @REP 19/01001501, @REP 22/80056121 e outros, tem se posicionado na permissibilidade da cobrança de taxas negativas nessas modalidades de contratação pública, pelos mesmos fundamentos delineados acima.

O Tribunal Catarinense tem entendido que a vedação de apresentação de taxa de administração negativa em edital de licitação visando à contratação de empresa para fornecimento de vale alimentação caracteriza ofensa aos artigos 3º e 40, inciso X, da Lei Federal nº 8.666/1993. Considera-se que a cláusula de vedação de taxa de administração negativa significa a fixação de um preço mínimo, contrariando o inciso X do artigo 40 da Lei de Licitações e, ainda, atentando contra o princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, ao limitar o exercício da competição e a possibilidade de obter menores preços no pregão (art. 3º, § 1º, I, da Lei Federal nº 8.666/93).

Além desse tipo de quarterização visando à contratação de empresa para fornecimento de vale alimentação, o TCE/SC tem enfrentado questão similar em processos que examinam a contratação de empresa para implantação e operação de sistema informatizado e integrado de gerenciamento de manutenção preventiva e corretiva da frota de veículos. Portanto, não há que se falar em vedação a taxa negativa, conforme acima delineado.

Já em relação a formatação pós-paga atribuída como procedimento para repasse dos créditos, o mesmo encontra guardada na regra geral das contratações e pagamentos, sendo que a Administração deve realizar o pagamento somente após o cumprimento da obrigação pelo particular contratado.

A Lei Federal 8.666/93, estabelece que:

Art. 40 [...]

XIV - condições de pagamento, prevendo:

d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;

Art. 65. [...]

II – por acordo das partes:

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, **vedada a antecipação do pagamento**, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

Traçando regramento mais claro quanto ao tema, a Lei Federal nº 4.320/1994, que versa sobre as Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados e dos Municípios, frisa que:

Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

Ainda existe uma hipótese no fundamento no artigo 38 do Decreto Federal nº 93.872/82, que regulamenta a unificação de recursos de caixa do Tesouro Nacional:

Art. 38. Não será permitido o pagamento antecipado de fornecimento de materiais, execução de obra, **ou prestação de serviço, inclusive de utilidade pública, admitindo-se, todavia, mediante as indispensáveis cautelas ou garantias**, o pagamento de parcela contratual na vigência do respectivo contrato, convênio, acordo ou ajuste, segundo a forma de pagamento nele estabelecida, prevista no edital de licitação ou nos instrumentos formais de adjudicação direta.

Também a Nova Lei de Licitação (14.133/2021) passou a prever que não será permitido a realização de pagamento antecipado, parcial ou total, relativo a parcelas contratuais vinculadas ao fornecimento de bens, à execução de obras ou à prestação de serviços, ou seja, **o pagamento pela contratação de bens e/ou serviços apenas será feita pela Administração Pública após a entrega do bem ou execução do serviço.**

No entanto, a lei admite a antecipação do pagamento desde que propicie à Administração Pública sensível economia de recursos ou represente condição indispensável para a obtenção do bem ou para a prestação do serviço, hipótese que deverá ser previamente justificada no processo licitatório e expressamente prevista no edital de licitação ou instrumento formal de contratação direta (note art. 25 e art. 92, inc. VI, Lei 14.133/2021), o que não é o caso do presente processo licitatório.

O Tribunal de Contas da União consolidou a jurisprudência no sentido de que **o pagamento antecipado somente pode ocorrer quando: previsto no instrumento convocatório, condicionado à prestação de garantias, e representar “a única alternativa para obter o bem ou assegurar a prestação do serviço desejado, ou ainda quando a antecipação propiciar sensível economia de recursos”** (Acórdão 276/02 – 1ª Câmara).

Por oportuno, citam-se outros julgados que traduzem o entendimento do TCU:

O pagamento antecipado não é vedado pelo ordenamento jurídico, contudo, é admitido apenas em situações excepcionais. A possibilidade de pagamento adiantado deve ser condicionada à existência de interesse público devidamente demonstrado, previsão no edital e exigência de garantias. (Acórdão 3614/2013 – Plenário)

A antecipação de pagamento somente deve ser admitida em situações excepcionais, devidamente justificadas pelo interesse público e observadas as devidas cautelas e garantias. (Acórdão 1565/15 – Plenário)

Portanto, via de regra, NÃO é permitido o pagamento antecipado, sendo que a realização de pagamentos deve ser feita apenas APÓS a entrega do bem ou execução do serviço (ou de parcela, no caso de obrigação sucessiva).

De forma EXCEPCIONAL pode ser admitido "se propiciar sensível economia de recursos ou se representar condição indispensável para obtenção do bem ou para a prestação do serviço", entretanto, não é o caso do presente processo, devendo ser vedado o pagamento antecipado.

Desta forma, opina pelo recebimento da impugnação, pois tempestiva, e no mérito julgar a mesma improcedente, pelos fatos e fundamentos jurídicos expostos acima. Este é o parecer jurídico, salvo melhor juízo.

São Miguel da Boa Vista, 02 de março de 2023.

SILAS DAVID PARISOTTO
Procurador-Geral