

GRUPO I – CLASSE VII– Plenário

TC-007.906/2022-6

Natureza: Representação.

Entidades: Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, Departamento Regional de Pernambuco (Senai/PE) e Serviço Social da Indústria, Departamento Regional de Pernambuco (Sesi/PE).

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. SUPOSTAS IRREGULARIDADES EM PREGÃO PRESENCIAL CONJUNTO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO, INTERMEDIÇÃO E FORNECIMENTO DE BENEFÍCIO ALIMENTAÇÃO E REFEIÇÃO AOS COLABORADORES DAS ENTIDADES. PREVISÃO DE DESEMPATE DAS PROPOSTAS DAS LICITANTES BASEADA EM VOTAÇÃO A SER REALIZADA ENTRE OS EMPREGADOS. CRITÉRIO DE JULGAMENTO OBJETIVO E DETALHADO NO EDITAL DO CERTAME. PREVISÃO DE PRAZO IRRAZOÁVEL PARA A CONTRATADA APRESENTAR REDE DE ESTABELECIMENTOS CREDENCIADOS. CONHECIMENTO E PROCEDÊNCIA PARCIAL DA REPRESENTAÇÃO. RECOMENDAÇÃO E CIÊNCIA DA OCORRÊNCIA.

RELATÓRIO

Cuidam os autos da Representação formulada pela empresa VR Benefícios e Serviços de Processamento S/A, com pedido de medida cautelar, acerca de possíveis irregularidades ocorridas no Pregão Presencial Conjunto (PPC) 1/2022, conduzido pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, Departamento Regional de Pernambuco (Senai/PE), e pelo Serviço Social da Indústria, Departamento Regional de Pernambuco (Sesi/PE).

2. O objeto do referido certame consiste na 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 (peça 2, p. 1).

3. De acordo com o instrumento convocatório, o critério de julgamento foi o de “menor taxa de administração”. O contrato a ser firmado foi planejado para vigor por período de 12 meses, prorrogável até 60 meses (peça 2, p. 27), com valor estimado anual de R\$ 11.883.405,60 (peça 2, p. 4).

4. Aberta a sessão pública em 4/5/2022 (peça 2, p. 1, e peça 11, p. 3) e homologado o certame em 17/5/2022 (peça 27, p. 893), não foram encontradas informações referentes à possível contratação decorrente do certame nos sítios eletrônicos das entidades (Senai/PE e Sesi/PE).

5. A antiga Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas (Selog), atual Auditoria de Contratações (AudContratações), empreendeu o exame técnico da matéria por meio da instrução inserta à peça 53, que reproduzo em parte e com ajustes de forma:

“1. A representante alegou, em suma, que (peça 1):

a) o item 4.17 do Termo de Referência (TR) do edital do certame (abaixo transcrito – peça 2, p. 23 – grifos originais), ao indicar em rol taxativo de quais empresas deverão ser

credenciadas, direciona o certame àquelas redes listadas, além de citar rede que já encerrou suas atividades no país (Uber Eats, conforme notícia em <https://www.gazetadopovo.com.br/bomgourmet/negocios-e-franquias/uber-eats-encerra-brasil-o-que-muda/>):

4.17. Acesso a aplicativo de delivery

4.17.1. A empresa a ser CONTRATADA deverá comprovar, quando da assinatura do contrato, que possui convênio para pagamento em **site** (página da **internet**) ou por aplicativos mobile em, no mínimo, 03 (três) empresas de refeições prontas e produtos alimentícios **in natura** (delivery) constante nas principais plataformas (Ifood, Uber Eats, 99food, Rappi, etc)´.

b) a escolha ou preferência por determinadas marcas afronta a Lei de Licitações e, por via reflexa, impõe a apresentação de compromisso de terceiros alheios à disputa, contrariando os princípios da isonomia e da competitividade, os arts. 2º dos Regulamentos de Licitações e Contratos do Sesi e do Senai (RLC), abaixo transcrito, e a jurisprudência de tribunais de contas, inclusive sumulada pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE/SP): Súmula 15 - ‘Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa’:

‘Art. 2º A licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para o Sesi [ou SENAI] e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos, inadmitindo-se critérios que frustrem seu caráter competitivo.’

c) há risco de que nenhuma empresa do setor consiga garantir a manutenção durante toda a vigência contratual (até 60 meses) da exigência de rede nominalmente exigida no edital, posto que o encerramento das atividades dessas empresas da rede independe da vontade da contratada, o que ensejaria penalidade por descumprimento contratual caso uma das empresas citadas no item 4.17 do TR decida encerrar suas atividades;

d) o edital deve prever exigências realmente necessárias, a teor da disposição contida no inc. I do § 1º do art. 3º da Lei 8.666/1993 e da doutrina, constatando-se a desnecessidade e irrelevância e o caráter restritivo da exigência em tela, vez que há redes de supermercados e hipermercados completamente capazes de prestarem os serviços;

e) os [sub]itens 4.10 e 4.11 do TR do edital (abaixo transcritos, mantidos os grifos originais do edital à peça 2, p. 23) preveem prazo irrazoável para o grande quantitativo exigido (2.000 estabelecimentos para o cartão alimentação e 2.000 para o cartão refeição, na Região Metropolitana do Recife, dez estabelecimentos em cada uma de seis cidades listadas para cada tipo de cartão, entre outras exigências – peça 2, p. 22), direcionando o resultado da licitação apenas para as empresas que atendem à entidade atualmente e impondo custos excessivos e desnecessários às licitantes antes mesmo de serem consagradas vencedoras:

‘4.10. A CONTRATADA deverá apresentar o Catálogo de Credenciados, **no momento da assinatura do contrato**, sendo este constante de uma relação com razão social, nome fantasia, endereço, CNPJ e telefones, dos estabelecimentos comerciais legalmente estabelecidos dentre padarias, lanchonetes, restaurantes, supermercados e hipermercados, informando **separadamente** os estabelecimentos que recebem o cartão ALIMENTAÇÃO e REFEIÇÃO, conforme quantitativos mínimos descritos neste Termo de Referência.

4.11. Caso a proponente não disponha de rede credenciada com o quantitativo mínimo estipulado, terá um prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, após a assinatura do contrato para apresentação da rede credenciada por completo.’

f) ainda que determinados atos possam ser praticados com certa margem de discricionariedade, devem respeitar os princípios regentes, sendo no presente caso exigível o atendimento aos princípios da razoabilidade e da isonomia, a teor da jurisprudência

predominante do TCU no sentido de que a exigência da apresentação da rede credenciada deve ocorrer na fase de contratação, com prazo razoável para que a vencedora do certame credencie os estabelecimentos comerciais fornecedores de refeição, de modo a conciliar a necessidade da adequada prestação do serviço licitado com a fixação de requisitos que possibilitem competitividade (Acórdãos 842/2010- TCU-Plenário, relator ministro José Múcio; 7.083/2010-TCU-2ª Câmara, relator ministro[-substituto] André de Carvalho; e 587/2009-TCU-Plenário, relator ministro Benjamin Zymler);

g) a necessidade de prazo razoável para o credenciamento dos estabelecimentos requeridos em edital também é pacificada nos tribunais de contas, a exemplo dos pronunciamentos do TCE/SP citados à peça 1, p. 18-19, sendo patente a necessidade de dilação do prazo, sugerindo-se ao menos o prazo de 30 dias após a assinatura do contrato;

h) outro ponto a ser impugnado no edital é a previsão de critério de desempate subjetivo por votação entre os funcionários, constante do item 8.4 e seus subitens (transcritos abaixo – peça 2, p. 11 - grifos do representante);

‘8.4. Tendo em vista a participação financeira compartilhada das Instituições que compõem o Sistema FIEPE e seus colaboradores no custo do valor do vale alimentação e refeição em decorrência de cláusula específica – sétima – do acordo coletivo de trabalho vigente, firmado entre o SESI/PE, SENAI/PE, IEL/PE e o SENALBA/PE, e em decorrência de cláusula específica – sexta – do acordo coletivo de trabalho vigente, firmado entre a FIEPE e o SINTESPE, verificada a igualdade de taxas de administração entre duas ou mais propostas, ou seja, o empate entre as propostas, o desempate se dará através de sufrágio realizado pelo Sistema FIEPE entre os funcionários ativos beneficiários dos serviços.

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.’

i) os critérios de desempate devem ser objetivos, a exemplo do sorteio previsto no § 2º do art. 45 da Lei 8.666/1993, sendo o critério adotado pelo Sesi/Senai-PE favorável à atual contratada, conhecida pelos funcionários das entidades;

j) a falta de critérios objetivos no julgamento das propostas afronta os princípios previstos no art. 2º do RLC (transcrito na letra ‘b’ **supra**); e

k) faz-se necessária medida cautelar suspensiva do certame, vez que há indícios suficientes de verossimilhança nas ilegalidades apontadas (fundadas e documentadas) e urgência no pronunciamento dessa Corte (data da sessão marcada para 4/5/2022), retificando-se o edital para constar que a rede nominal é apenas exemplificativa, para ampliar o prazo de comprovação da rede credenciada (sugerindo-se o mínimo de 30 dias) e para prever um critério de desempate objetivo.

2. Em instrução inicial (peça 13), foi verificado o preenchimento dos requisitos de admissibilidade da Representação, foi constatada a ausência de informações para análise do pressuposto do perigo da demora reverso para eventual concessão de cautelar e foi ponderado que a recente vedação da taxa administrativa negativa suscita maior atenção dos certames pertinentes e que a existência de duas impugnações ao edital (peças 9 e 12) por empresas que terminaram não participando do certame afetava a competitividade.

3. Foi proposta, então, na citada instrução, oitiva prévia do Senai/PE e Sesi/PE e diligência a essas entidades, na forma transcrita a seguir. O relator do feito despachou de forma concordante (peça 15), acrescentando basicamente determinação para realizar a oitiva da licitante eventualmente já adjudicatária, o que foi atendido (peça 24):

‘22.2. realizar a **oitiva prévia** dos Departamentos Regionais de Pernambuco do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai/PE) e do Serviço Social da Indústria (Sesi/PE), com fulcro no art. 276, § 2º, do Regimento Interno deste Tribunal, para que, no prazo de **cinco dias úteis**, se pronuncie, referente ao Pregão Presencial Conjunto 1/2022, acerca da existência dos pressupostos da medida cautelar pleiteada e acerca dos indícios de irregularidade indicados nesta instrução, em especial quanto aos seguintes tópicos:

a) não concessão de prazo maior e gradual nos itens 4.10 e 4.11 do TR do edital, considerando inclusive a situação anterior de menor quantitativo de estabelecimentos credenciados do que a quantidade exigida no certame e a possibilidade de longo prazo contratual (até 60 meses), em potencial prejuízo à competitividade do certame, ferindo o disposto no art. 2º do Regulamento de Licitações e Contratos;

b) fixação de critério de desempate por votação entre os funcionários, em vez de critério mais simples, objetivo e diretamente voltado à ‘promoção de saúde e segurança alimentar do trabalhador’, a teor do art. 3º, inc. III, da MP 1.108/2022;

c) demais informações que julgar necessárias; e

d) designação formal de interlocutor que conheça da matéria para dirimir eventuais dúvidas, informando nome, função/cargo, e-mail e telefone de contato;

22.3. **diligenciar** o Senai/PE e o Sesi/PE, com fundamento nos artigos 157 e 187 do Regimento Interno deste Tribunal, para que, no prazo de **cinco dias úteis**, encaminhe cópia dos seguintes documentos e/ou esclarecimentos, relativos ao Pregão Presencial Conjunto 1/2022:

a) ata da sessão pública e demais documentos produzidos sobre o certame a partir daquela sessão;

b) garantias existentes de lisura no sufrágio a ser utilizado como critério de desempate das propostas, a exemplo de um funcionário não poder votar mais de uma vez, pessoas não funcionárias não consigam votar e a contabilização seja isenta e não permita manipulação do resultado;

- c) esclarecer se: i) estão cobertos contratualmente, com razoável vigência, pelo serviço a ser contratado nessa licitação encaminhando cópia os documentos comprobatórios (contratos e respectivos termos aditivos); ii) caso haja a possibilidade de manutenção do contrato com a atual prestadora dos serviços (anterior aos mencionados pregões eletrônicos), se as condições dessa contratação seriam melhores (menor preço e atendimento satisfatório) do que aquelas que se estão em vias de contratar, encaminhando os documentos comprobatórios; e iii) se houve mudança quantitativa ou qualitativa do objeto desse contrato e do desse pregão presencial;
- d) estudos técnicos preliminares a justificar a exigência do quantitativo (no mínimo três) de convênio com **sites** ou aplicativos - constante do item 4.17.1 do termo de referência -, mostrando quantas empresas teriam condições de atender a essa exigência, comparando com a possível ampliação de empresas aptas se esse número fosse diminuído para um ou dois **sites** ou aplicativos; e
- e) demais informações que julgar necessárias; e

22.4. **encaminhar** cópia da presente instrução ao Sesi/PE e Senai/PE, de maneira a embasar as respostas à oitiva prévia.

4. Concluída a análise das manifestações encaminhadas (peças 27 a 29), a Selog propôs, em nova instrução (peça 34, p. 6), indeferir a medida cautelar, observada a impossibilidade de prorrogação contratual e os prejuízos que adviriam com eventual determinação cautelar suspensiva da formalização ou execução contratual.

5. Quanto às alegações de irregularidades, em relação à não concessão de prazo maior e gradual nos itens 4.10 e 4.11 do TR do edital (dez dias úteis da assinatura do contrato), considerando a situação anterior de menor quantitativo de estabelecimentos credenciados (1.500 para cada tipo de cartão, mencionada no item 4.3.1 do TR à peça 2, p. 22) e a possibilidade de longo prazo contratual (até 60 meses, conforme peça 2, p. 27), concluiu-se pela parcial procedência (peça 34, p. 7-8), observada a possibilidade de decurso de cinco dias úteis para assinatura, além dos dez dias úteis concedidos para complementação da rede, [uma vez] que o prazo mínimo mais provável da vencedora seria de 21 dias corridos.

6. Todavia foi ressaltado (peça 34, p. 7) que os termos dispostos no Acórdão 6.082/2016-TCU-1ª Câmara, relator Ministro[-Substituto] Weder de Oliveira, defendidos pelas entidades, não poderiam ser aplicados ao caso concreto, no sentido de que não seria desarrazoado demandar a apresentação da cobertura da rede credenciada logo que encerrada a classificação, por ser esperado que as interessadas já possuam amplitude de atuação capaz de atender de imediato a exigência, além de o edital fixar o prazo de dez dias úteis para comprovar o atendimento.

7. Isso porque, apesar de o prazo discutido no mencionado julgado (treze dias úteis) ser até um pouco menor do que o do presente caso (quinze dias úteis), haveria diferenças nos quantitativos exigidos para a rede credenciada (2.000 para cada tipo de cartão no novo certame), além do porte das cidades pernambucanas e paulistas, que denotariam competitividades distintas.

8. Ademais, considerando a pesquisa utilizada pelas entidades na fase de planejamento da licitação (peça 34, p. 8), depreende-se que apenas três empresas atenderiam às exigências quantitativas no prazo estipulado, o que poderia suscitar prazo maior para o cumprimento da cobertura completa exigida, particularmente diante da possibilidade de prorrogações contratuais sucessivas até 60 meses.

9. Em que pese as ressalvas expostas na instrução inicial, concluiu-se (peça 34, p. 8) no sentido de que a limitação temporal dada pela impossibilidade de prorrogação do contrato então vigente restringiu, na prática, as possibilidades de atuação das entidades, devendo-se ter como suficiente o prazo fixado, nas circunstâncias daquela limitação, sem prejuízo de se verificar a oportunidade de proposta de ciência quando da análise meritória.

10. Em relação à fixação de critério de desempate por votação entre os funcionários, a unidade técnica considerou a necessidade de construção participativa por parte das instâncias

nacionais do Sesi e do Senac, tendo em vista a necessidade de busca de uma solução mais sistêmica, frente à vedação de taxas administrativas negativas prevista na MP 1.108/2022 (peça 34, p. 9). O entendimento da unidade técnica foi o seguinte:

‘11. Ainda que o critério de desempate mediante sufrágio tenha obtido sucesso e assegurada imparcialidade e celeridade no presente caso, haverá sempre o risco de assim não ocorrer nas hipóteses, por exemplo, de falta de participação dos funcionários, conflito de interesses envolvendo os organizadores do sufrágio etc., além da perda de oportunidade de economia e efetividade quando não se busca alternativas mais focadas em ‘promoção de saúde e segurança alimentar do trabalhador’, a teor do art. 3º, inc. III, da MP 1.108/2022.

12. Já é certa a perda de economicidade gerada pela vedação de taxas administrativas negativas sem uma correspondente contrapartida das contratadas, que adviria com implantação de critérios classificatórios em prol dos usuários dos vales/cartões refeição e alimentação. Tal perda é ilustrada no Quadro 2 adiante, que demonstra o efeito oneroso da vedação.

13. Inviabilizada a utilização do critério de classificação segundo o maior desconto concedido nas propostas das licitantes, certamente que outros critérios mais diretamente ligados a benefícios aos usuários se mostrariam mais efetivos e céleres do que o sufrágio entre os funcionários.

14. Ademais, a se manter esse critério de julgamento, será difícil de se aplicar o benefício de preferência às micro e pequenas empresas (ME/EPP), previsto no art. 45, I, da LC 123/2006, caso os menores lances sejam de 0% de taxa de administração, visto que será ilegal elas ofertarem taxa administrativa negativa.

15. Nesse sentido, vislumbra-se construção participativa das instâncias nacionais do Sesi e do Senac, buscando tratar o tema de forma mais sistêmica, ultrapassando as fronteiras das regionais dessas entidades.’

16. Nada obstante, considerou que as medidas operacionais informadas em resposta à diligência (peça 34, p. 11) denotam que foram buscados segurança e lisura do sufrágio utilizado como critério de desempate das propostas, podendo-se ter por suficientes os esclarecimentos apresentados.

17. Por último, quanto ao questionamento do acerca da relação nominal taxativa de plataformas de **delivery** a serem credenciadas, conforme dispositivo editalício 4.17.1 do TR, restou esclarecido que a exigência se refere ao mínimo de três estabelecimentos com acesso ao pagamento por cartão-benefício em plataforma virtual, e não mínimo de três plataformas, conforme arguido pelo representante, observado o disposto no Estudo Técnico Preliminar, pelo que se concluiu que a exigência editalícia mostrava-se razoável e viável (peça 34, p. 15).

18. Desse modo, foi feita a seguinte proposta a construção participativa das deliberações deste Tribunal, nos termos da Resolução - TCU 315/2020, o que foi autorizado pelo relator por meio do despacho à peça 36.

‘32.2. considerando a possibilidade de **construção participativa das deliberações** deste Tribunal, nos termos do art. 14 da Resolução - TCU 315/2020, bem como o previsto nas Normas de Auditoria (NAT) aprovadas pela Portaria - TCU 280/2010, referente aos **comentários dos gestores** (no que se aplica a representações e denúncias):

a) **solicitar** aos Departamentos Nacionais do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai/DN) e do Serviço Social da Indústria (Sesi/DN), caso queiram, no prazo de **quinze dias**:

a.1) a apresentação de possíveis ações corretivas que poderão ser tomadas pelo Sesi/DN e pelo Senai/DN, no sentido de alterar seu regulamento de licitações e contratos e/ou as minutas de editais pertinentes ou de expedir orientação a suas unidades regionais para prevenir ou corrigir os indícios de potenciais efeitos adversos à competitividade e à

economicidade das licitações de vales/cartões alimentação/refeição derivados da vedação de deságios/descontos prevista na MP 1.108/2022;

a.2) na hipótese de serem consideradas insuficientes, pelo TCU, as alternativas apresentadas pelas unidades jurisdicionadas, a manifestação quanto aos possíveis impactos de determinação do TCU para promover estudos visando a efetuar adequações nos seus regulamentos de licitações e contratos e nas minutas de editais licitatórios pertinentes para prever mecanismos e critérios compensatórios dos referidos efeitos adversos; (...)

19. Promovida a possibilidade de comentários do gestor quanto às conclusões desta unidade técnica, passa-se a analisar as respostas apresentadas, tópico a tópico, conforme transcrição/contextualização a seguir.

Item 32.2 da construção participativa das deliberações: a) solicitar aos Departamentos Nacionais do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai/DN) e do Serviço Social da Indústria (Sesi/DN), caso queiram, no prazo de quinze dias:

a.1) a apresentação de possíveis ações corretivas que poderão ser tomadas pelo Sesi/DN e pelo Senai/DN, no sentido de alterar seu regulamento de licitações e contratos e/ou as minutas de editais pertinentes ou de expedir orientação a suas unidades regionais para prevenir ou corrigir os indícios de potenciais efeitos adversos à competitividade e à economicidade das licitações de vales/cartões alimentação/refeição derivados da vedação de deságios/descontos prevista na MP 1.108/2022;

Fundamento legal ou jurisprudencial: princípios da competitividade e à economicidade

Manifestação das Unidades Jurisdicionadas sobre a construção participativa de deliberações (peça 48):

a) inicialmente, o Sesi/DN e o Senai/DN informam que a referida ‘vedação de deságios/descontos prevista na MP 1.108/2022’ está agora prevista no art. 3º da Lei 14.442/2022, 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;

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.’

b) alegam que, como nas licitações para contratação de serviços de administração de auxílio-alimentação o critério para se determinar o vencedor usualmente consistia na taxa de administração, muitas licitantes ofereciam taxa de administração negativa. Em consequência da vedação do deságio, houve, na prática, o incremento no preço dos contratos, o que acarretou, nos dizeres da instrução, uma ‘deseconomia’;

c) ressaltam que seria inapropriado aludir a ‘ações corretivas’ ou a ‘alternativas para corrigir os indícios de irregularidades verificados’, nos termos descritos na instrução

encaminhada pelo TCU, pois a vedação ao deságio, da qual decorreu a deseconomia, foi imposta por lei, não havendo irregularidades a serem corrigidas ou que demandem ações corretivas;

d) acrescentam que a nova regulamentação legal impactará todos os órgãos de todos os serviços sociais autônomos, como também as empresas públicas e sociedades de economia mista, o que sinaliza no sentido de uma discussão bem mais ampla do que a pugnada pelo TCU;

e) entendem que a competitividade não será impactada, tendo em vista que as empresas que comumente participam das licitações não deixariam o setor apenas porque a lei vedou a concessão de deságio. Desse modo, haveria expectativa que as licitantes ofereçam taxa de administração de 0%, o que ensejaria na definição de um critério de desempate;

f) destacam que, no certame ora em análise, a previsão foi de desempate a partir de consulta aos beneficiários, na forma transcrita da instrução da unidade técnica do TCU (peça 34, p. 9):

‘12. Ainda que o critério de desempate mediante sufrágio tenha obtido sucesso e assegurada imparcialidade e celeridade no presente caso, haverá sempre o risco de assim não ocorrer nas hipóteses, por exemplo, de falta de participação dos funcionários, conflito de interesses envolvendo os organizadores do sufrágio etc., além da perda de oportunidade de economia e efetividade quando não se busca alternativas mais focadas em ‘promoção de saúde e segurança alimentar do trabalhador’, a teor do art. 3º, inc. III, da MP 1.108/2022.

(...)

14. Inviabilizada a utilização do critério de classificação segundo o maior desconto concedido nas propostas das licitantes, certamente que outros critérios mais diretamente ligados a benefícios aos usuários se mostrariam mais efetivos e céleres do que o sufrágio entre os funcionários.

15. Ademais, a se manter esse critério de julgamento, será difícil de se aplicar o benefício de preferência às micro e pequenas empresas (ME/EPP), previsto no art. 45, I, da LC 123/2006, caso os menores lances sejam de 0% de taxa de administração, visto que será ilegal elas ofertarem taxa administrativa negativa.

16. Nesse sentido, vislumbra-se construção participativa das instâncias nacionais do Sesi e do Senac, buscando tratar o tema de forma mais sistêmica, ultrapassando as fronteiras das regionais dessas entidades.’

g) registram que um dos objetivos da construção participativa vislumbrada pelo TCU seria a definição de um critério de desempate mais efetivo e célere do que o sufrágio entre os funcionários, e que uma solução não teria sido proposta pelo TCU para essa questão; e

h) entendem que a eleição de critério de desempate não deveria ser objeto de uma regulação impositiva e que cada edital poderia dispor sobre o critério de desempate, segundo a conveniência e a oportunidade das entidades.

Item 32.2 da construção participativa das deliberações:

a.2) na hipótese de serem consideradas insuficientes, pelo TCU, as alternativas apresentadas pelas unidades jurisdicionadas, a manifestação quanto aos possíveis impactos de determinação do TCU para promover estudos visando a efetuar adequações nos seus regulamentos de licitações e contratos e nas minutas de editais licitatórios pertinentes para prever mecanismos e critérios compensatórios dos referidos efeitos adversos;

Manifestação da Unidade Jurisdicionada sobre a construção participativa de deliberações (peça 49): alegam que a compensação deverá, necessariamente, advir de lei, uma vez que, se a deseconomia decorre da lei, qualquer fórmula que se pretenda adotar poderá configurar tentativa de burla. Não bastasse, as peticionantes não vislumbram como se poderia criar, fora da lei, um mecanismo de compensação.

Análise

20. Trata-se de análise acerca de planejamento de adequações a serem implementadas nos próximos certames dos sistemas Sesi e Senai, visando a sanear as deseconomias provocadas pela vedação de deságios/descontos prevista na MP 1.108/2022, além dos efeitos adversos à competitividade e à economicidade das licitações, considerando que a urgência de contratação inviabilizou mudanças pertinentes já no certame em tela.

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).

25. Isso porque a vedação da taxa negativa passou a gerar um custo para a Administração, com consequente 'deseconomia' de recursos. De forma exemplificativa, ao analisar-se, hipoteticamente, o contrato de um órgão que gastava mensalmente R\$ 1 milhão com vale refeição/alimentação, com uma empresa que previa taxa negativa de 2%, haveria, ao final do mês, um repasse à contratada de R\$ 980 mil. Com a inaplicabilidade da taxa, o mesmo contrato passaria a ter um custo extra de R\$ 20 mil/mês e R\$ 240 mil/ano.

26. Desse modo, a vedação da taxa negativa resultou em reflexos na própria definição dos preços. No caso do certame em análise, restou demonstrada a perda de economicidade gerada pela vedação de taxas administrativas negativas sem uma correspondente contrapartida das contratadas, que adviria com implantação de critérios classificatórios em prol dos usuários dos vales/cartões refeição e alimentação. Tal perda foi ilustrada no Quadro 2 da instrução anterior (peça 34, p. 12), que demonstrou o efeito oneroso da vedação, nos termos transcritos a seguir:

‘22. As informações prestadas auxiliam na contextualização e entendimento comparativo da situação contratual anterior com a situação advinda da licitação em tela. Exemplo deste cotejo é a evolução dos preços unitários do benefício/funcionário que se extrai dos preços anuais e quantidade de usuários previstos nos termos originais e aditivos (peça 27, p. 899, 916 e 919-920):

Quadro 2 – Evolução dos preços contratados

Contratação	Quantidade	Valor estimado anual	Valor por pessoa	Aumento (%)
Contrato 15/2019	2.045	R\$ 14.036.880,00	R\$ 6.864,00	-
1º Aditivo	1.360	R\$ 9.615.091,20	R\$ 7.069,92	3,00%
2º Aditivo	1.490	R\$ 10.817.400,00	R\$ 7.260,00	2,69%
Contrato novo	1.490	R\$ 11.883.405,60	R\$ 7.975,44	9,89%

(...)

27. No geral, mostram-se devidamente esclarecidos os pontos abordados em oitiva e em diligência, restando dar andamento ao debate sobre a nova realidade legislativa aplicável ao certame em comento, que vedou taxas administrativas negativas, ou seja, deságios e descontos sobre os valores contratados.

28. Tal vedação implica aumento do valor contratado inversamente proporcional aos descontos que seriam obtidos não houvesse a vedação em tela. O certame assim demonstra, revelando acréscimo de quase 10% na contratação decorrente, o que deve ocorrer de forma disseminada doravante nas contratações das demais regionais das entidades do Sesi e Senai, assim como de outras entidades que licitam o mesmo objeto.’

27. Além disso, cumpre registrar também que as empresas usufruem de isenção tributária para implementar os programas de alimentação a seus funcionários, observada a possibilidade de dedução de imposto de renda das empresas contratantes inscritas no Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT), de acordo com o Decreto 10.854/2021.

28. As respondentes justificam que a ‘deseconomia’ decorreu de imposição legal, considerando que a vedação de deságios/descontos estaria agora prevista no art. 3º da Lei 14.442/2022 e que seria inapropriado aludir a ‘ações corretivas’ ou a alternativas para corrigir os indícios de irregularidades verificados, além de reiterar os efeitos da vedação do deságio no incremento no preço dos contratos.

29. Segundo o entendimento das entidades, a competitividade também não seria impactada, tendo em vista que as empresas que comumente participam das licitações não deixariam o setor apenas porque a lei vedou a concessão de deságio. Desse modo, haveria expectativa [de] que as licitantes oferecessem taxa de administração de 0%, o que ensejaria a definição de critério de desempate e que, no certame ora em análise, a previsão foi de desempate a partir de consulta aos beneficiários.

30. Por último, ressaltaram que não teria sido proposto pelo TCU um critério de desempate mais efetivo e célere do que o sufrágio entre os funcionários e que a eleição de critério de desempate deveria ser disposta de forma discricionária, segundo a conveniência e a oportunidade das entidades.

31. Desse modo, não haveria possibilidade, nos limites da lei, de criação de mecanismos de compensação derivados da vedação de deságios/descontos prevista na então MP 1.108/2022, convertida na Lei 14.442/2022.

32. Com efeito, a utilização e escolha de critérios de desempate configuram discricionariedade do órgão contratante, considerando que as entidades do Sistema ‘S’ não se sujeitam aos regramentos da Lei 8.666/1993.

33. Cabe ressaltar que, em relação a licitações e contratos de entidades integrantes do chamado Sistema ‘S’, o entendimento deste TCU, a partir da Decisão 907/1997-TCU-Plenário, Relator Ministro[-Substituto] Lincoln Magalhães da Rocha, é no sentido de que essas entidades não estão vinculadas ao estrito cumprimento da Lei 8.666/1993, uma vez que não integrariam a administração pública, mas, como destinatários de recursos públicos, poderiam editar os seus regulamentos próprios.

34. Nada obstante, tais entidades devem observar, em todo caso, os princípios gerais da administração pública, consignados no art. 37 da Constituição Federal, a exemplo da legalidade, da moralidade, da finalidade, da isonomia, da igualdade e da publicidade, além dos princípios da economicidade e competitividade.

35. Feitos tais esclarecimentos, procedem, em parte, as justificativas apresentadas pelas entidades. Em que pese a concordância quanto à discricionariedade de escolha quanto às alternativas existentes sobre eventuais critérios de desempate, persiste a necessidade de as entidades, ao menos, preverem mecanismos e critérios compensatórios dos potenciais efeitos adversos à competitividade e à economicidade, particularmente no que se refere à escolha de

outros critérios de julgamento, em caso de empate das propostas, observado o critério de julgamento pelo menor preço.

36. De acordo com a análise realizada em instrução anterior (peça 34, p. 15), restou evidente a importância e a oportunidade da construção participativa frente à impossibilidade de realizar mudanças pertinentes naquela ocasião, considerando o advento inesperado da citada MP, tornando urgente a contratação do certame em tela, sem prejuízo de se planejar adequações a serem implementadas nos próximos certames visando a sanear as desconomias provocadas pela vedação legal em debate.

37. Ademais, buscou-se também tratar o tema de forma mais sistêmica, tendo em vista que o acréscimo na contratação ora analisado deve ocorrer de forma disseminada doravante nas contratações das demais regionais das entidades do Sesi e Senai, assim como de outras entidades que licitam o mesmo objeto.

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.

39. Em relação à existência de outros critérios de desempate, cite-se, por exemplo, o edital do PE 29/2022 (peça 52, p. 4) do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas de Roraima – Sebrae/RR, cujo objeto também trata de contratação de empresa especializada em fornecimento de auxílio alimentação, com vedação de taxa negativa, o qual dispôs que, em caso de empate entre propostas classificadas, a disponibilização de cartões de vale alimentação com tecnologia de pagamento por aproximação, seja via cartão ou ferramenta/sistema disponível para Android e iOS, seria utilizada como um dos critérios de desempate (item 5.8.1 à p. 4).

40. Tal alternativa surge como forma de ampliar a eficiência dos serviços, flexibilizar as formas de utilização do benefício e aumentar a segurança sanitária durante as operações de pagamento, além de evitar eventuais roubos, furtos ou extravios, haja vista a possibilidade de realizar compras mesmo quando o usuário não esteja de posse do cartão magnético, beneficiando o usuário do vale refeição ou alimentação.

41. Por oportuno, cumpre registrar também a possibilidade de utilização de credenciamento, conforme preceitua o art. 79, inciso II, da Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), para contratação de serviço de gerenciamento e fornecimento de vales alimentação e refeição, em substituição a licitação com critério de julgamento pelo menor preço, inviabilizada para esse tipo de contratação após a edição do Decreto 10.854/2021 e da MP 1.108/2022, convertida na Lei 14.442/2022, estipulando a vedação de admissão de taxas negativas.

42. Sobre essa questão, é importante mencionar que o TCU apreciou Representação (Acórdão 5.495/2022-TCU-2ª Câmara, Relator Ministro Bruno Dantas) acerca de possíveis irregularidades em credenciamento realizado pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) para a contratação de empresa especializada com vistas a prestação de serviços de gerenciamento, implementação, administração e disponibilização de crédito em cartões eletrônicos/magnéticos, nas modalidades refeição e alimentação, para os funcionários da estatal.

43. Em análise do feito, a Unidade Técnica, de um lado, destacou que o Decreto 10.854/2021 e a Medida Provisória 1.108/2022 proibiram o deságio na contratação de vales refeição e alimentação ou o uso de taxa de administração negativa aplicada sobre valor dos aludidos benefícios, circunstância que inviabilizaria o emprego de licitação baseada no critério de julgamento do menor preço, em que as empresas competiam ofertando as menores taxas de administração. Por outro lado, entendeu que a opção pelo julgamento de melhor técnica encontraria problemas no estabelecimento de critérios de comparação e pontuação entre as empresas. Nesse cenário, o credenciamento surgiria como alternativa para as contratações, em

que são selecionadas empresas que preenchem os requisitos previstos no edital, ficando a efetiva escolha da contratada a cargo do usuário do serviço, conforme hipótese prevista no art. 79, inciso II, da Lei 14.333/2021.

44. Em seu voto, o relator destacou que:

‘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. 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’.

45. E prosseguiu:

‘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.’

46. Para reforçar o seu posicionamento, o relator transcreveu excerto do voto condutor do Acórdão 533/2022-TCU-Plenário, relator Ministro Antônio Anastasia, segundo o qual, não obstante a Lei 14.133/2021 não se aplicar às empresas regidas pela Lei 13.303/2016:

‘é razoável admitir que as novas regras de flexibilização e busca de eficiência dos processos seletivos para contratações públicas, ao serem aprovadas pelo Poder Legislativo para aplicação no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional - de rito administrativo mais rigoroso -, podem, e devem, ser estendidas, por analogia, às sociedades de economia mista, que, sujeitas ao regime de mercado concorrencial, exigem, com mais razão, instrumentos mais flexíveis e eficientes de contratação.’

47. Assim, embora o credenciamento também não esteja previsto expressamente no RLC/Sesi e Senai (peça 51), é razoável admitir, no caso concreto, a aplicação analógica das regras previstas nos arts. 6º, XLIII, e 79 da Lei 14.133/2021 e da análise promovida por meio do Acórdão 533/2022-TCU-Plenário às entidades corporativas do aludido Sistema, a exemplo do Sesi e do Senai, a fim de se admitir, em futuras contratações de empresa especializada em fornecimento de auxílio alimentação, administração e recargas mensais de cartões com chip referente a disponibilização do benefício ‘auxílio alimentação’, a mencionada possibilidade de credenciamento.

48. Feitas tais considerações, propõe-se recomendar ao Sesi/DN e Senai/DN, com fundamento no art. 11 da Resolução – TCU 315/2020, que avalie a conveniência e oportunidade de normatizar ou orientar seus departamentos regionais para que, na contratação de serviços de administração, intermediação e fornecimento de benefício alimentação e refeição aos colaboradores, adotar as seguintes medidas, considerando a vedação de deságio ou o uso de taxa de administração negativa (imposta pela Lei 14.442/2022), em atendimento aos princípios da competitividade e da economicidade (art. 2º do Regulamento de Licitações e Contratos do Sesi e do Senai), informando ao TCU, no prazo de 90 dias, as medidas adotadas e os resultados porventura obtidos:

a) caso a seleção da empresa a ser contratada seja mediante prévia licitação, observe critérios objetivos alternativos no julgamento das propostas, em caso de empate entre duas ou mais propostas; e

b) caso essa seleção seja mediante credenciamento, observe 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.

Conclusão

49. Diante das informações e considerações acima, evidencia-se a parcial procedência da Representação, em relação à falta de razoabilidade do prazo para apresentação da cobertura da rede credenciada prevista no Termo de Referência do edital do PPC 1/2022, observados os quantitativos exigidos para a rede credenciada, além do porte das cidades, bem como a possibilidade de longo prazo contratual, em desacordo ao princípio da competitividade do certame, ferindo o disposto no art. 2º do Regulamento de Licitações e Contratos do Sesi e Senai, pelo que se propõe ciência dessa falha à UJ.

50. Quanto ao questionamento da fixação de critério de desempate por votação entre os funcionários, verificou-se que, apesar da discricionariedade de escolha do Sesi/PE e Senai/PE quanto às alternativas existentes sobre eventuais critérios de desempate, persiste a necessidade das entidades do Sistema 'S', ao menos, preverem mecanismos e critérios compensatórios dos efeitos adversos à competitividade e à economicidade das licitações de vales/cartões alimentação/refeição derivados da vedação de deságios/descontos prevista na MP 1.108/2022, convertida na Lei 14.442/2022, particularmente no que se refere à escolha de outros critérios de julgamento, em caso de empate das propostas, observado o critério de julgamento pelo menor preço.

51. Será proposta, portanto, a realização de recomendação, na forma descrita nesta instrução.

52. Por último, quanto ao questionamento acerca da relação nominal taxativa de plataformas de delivery a serem credenciadas, disposta no item 4.17.1 do TR, restou esclarecido que a exigência se refere ao mínimo de três estabelecimentos com acesso ao pagamento por cartão-benefício em plataforma virtual, e não mínimo de três plataformas, conforme arguido pelo representante, observado o disposto no Estudo Técnico Preliminar. Resta então improcedente esse aspecto.

(...)

55. Em [face] do exposto, propõe-se:

55.1. **conhecer** da **Representação**, satisfeitos os requisitos de admissibilidade constantes no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, c/c o art. 237, inciso VII e parágrafo único, do Regimento Interno/TCU, e no art. 103, § 1º, da Resolução - TCU 259/2014;

55.2. no mérito, considerar a presente Representação **parcialmente procedente**;

55.3. **indeferir** o pedido de concessão de **medida cautelar** formulado pelo representante;

55.4. **recomendar** ao Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Sesi/DN) e ao Serviço Social da Indústria, Departamento Regional de Pernambuco (Senai/DN), com fundamento no art. 11 da Resolução – TCU 315/2020, que avalie a conveniência e oportunidade de normatizar ou orientar seus departamentos regionais para que, na contratação de serviços de administração, intermediação e fornecimento de benefício alimentação e refeição aos colaboradores, adote as seguintes medidas, considerando a vedação de deságio ou o uso de taxa de administração negativa (imposta pela Lei 14.442/2022), em atendimento aos princípios da competitividade e da economicidade (art. 2º do Regulamento de Licitações e Contratos do Sesi e do Senai), informando ao TCU, no prazo de 90 dias, as medidas adotadas e os resultados porventura obtidos:

a) caso a seleção da empresa a ser contratada seja mediante prévia licitação, observe critérios objetivos alternativos no julgamento das propostas, em caso de empate entre duas ou mais propostas; e

b) caso essa seleção seja mediante credenciamento, observe 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;

55.5. dar **ciência** ao Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, Departamento Regional de Pernambuco (Senai/PE) e ao Serviço Social da Indústria, Departamento Regional de Pernambuco (Sesi/PE), com fundamento no art. 9º, inciso I, da Resolução – TCU 315/2020,

sobre as seguintes impropriedades/falhas, identificadas no Pregão Presencial Conjunto 1/2022, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de outras ocorrências semelhantes:

a) não concessão de prazo maior e gradual nos itens 4.10 e 4.11 do Termo de Referência do edital, considerando inclusive a situação anterior de contratação de menor quantitativo de estabelecimentos credenciados do que a quantidade exigida no certame e a possibilidade de longo prazo contratual (até 60 meses), em desacordo ao princípio da competitividade, ferindo o disposto no art. 2º do Regulamento de Licitações e Contratos do Sesi e Senai;

55.6. **informar** às entidades mencionadas no item anterior e ao representante do acórdão que vier a ser proferido, destacando que o relatório e o voto que fundamentam a deliberação ora encaminhada, caso existentes, podem ser acessados por meio do endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos; e

55.7. **arquivar** os presentes autos, nos termos art. 169, V, do Regimento Interno deste Tribunal, sem prejuízo de monitorar a recomendação ora proposta.”

6. O Diretor da unidade técnica concordou com o exame e com o encaminhamento propostos na instrução precedente (peça 54). Igualmente a Titular da antiga Selog se alinhou à interpretação conferida à matéria. Nada obstante, apresentou sugestão de ajuste redacional na recomendação a ser endereçada às entidades, sob o fundamento de aclarar as razões da proposição, **verbis** (peça 55):

“55.4. (...): a) caso a seleção da empresa a ser contratada ocorra mediante prévia licitação, o que, conforme a limitação imposta pela Lei 14.442/2002, levará ao provável empate das propostas, considerar no instrumento convocatório critérios de desempate objetivos, a exemplo do sorteio, com vistas a mitigar eventuais riscos envolvidos na solução de sufrágio atualmente adotada, como de conflitos de interesses e interferências externas indevidas.”

7. Estando os autos neste gabinete, no dia 1º/2/2003, os representantes legais do Departamento Nacional do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai/DN) e do Departamento Nacional do Serviço Social da Indústria (Sesi/DN) ofereceram, em conjunto, Memoriais (peça 56).

É o Relatório.

VOTO

Trata-se da Representação formulada pela empresa VR Benefícios e Serviços de Processamento S/A, com pedido de medida cautelar, acerca de possíveis irregularidades ocorridas no Pregão Presencial Conjunto (PPC) 1/2022, conduzido pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, Departamento Regional de Pernambuco (Senai/PE), e pelo Serviço Social da Indústria, Departamento Regional de Pernambuco (Sesi/PE).

2. O objeto do referido certame consiste na 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 (peça 2, p. 1).

3. Nos termos do instrumento convocatório, o critério de julgamento foi o de “menor taxa de administração”. A avença pretendida foi planejada para vigor pelo período de 12 meses, prorrogável até 60 meses (peça 2, p. 27), com valor estimado anual de R\$ 11.883.405,60 (peça 2, p. 4).

4. Sobressai dos autos ainda que foi aberta a sessão pública em 4/5/2022 (peça 2, p. 1, e peça 11, p. 3) e homologado o certame em 17/5/2022 (peça 27, p. 893), tendo a empresa Sodexo Pass do Brasil Serviços e Comércio S.A se sagrado a vencedora do torneio licitatório (peça 27, p. 895). Também participou da disputa a empresa Ticket Serviços S/A. Registre-se que não foram encontradas informações referentes à possível contratação decorrente do certame em exame nos sítios eletrônicos das entidades (Senai/PE e Sesi/PE).

5. A grei empresarial ora representante trouxe ao conhecimento do Tribunal algumas ocorrências referentes: a) à “relação nominal de quatro grandes redes de **delivery (Ifood, Uber Eats, 99food, Rappi etc.** [conforme o subitem 4.17.1 do Termo de Referência (TR)], importando relação taxativa do mínimo de três redes/plataformas de **delivery** exigida das licitantes”, o que seria restritivo à competitividade do pregão; b) à ausência de razoabilidade no prazo exíguo de dez dias úteis para apresentação de toda a rede credenciada; e c) a critério subjetivo de desempate das propostas das empresas por votação dos empregados (peça 1).

6. Após esses quesitos serem inicialmente analisados e sintetizados pela antiga Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas – Selog, atual Auditoria de Contratações – AudContratações (peças 13 e 14), aquela unidade técnica entendeu que os esclarecimentos prestados pelas entidades (Senai/PE e Sesi/PE), em resposta à impugnação (administrativa) manejada pela empresa VR Benefícios e Serviços de Processamento S/A (ora representante) contra o edital, relativa ao quesito indicado na alínea “a” do item anterior, foram suficientes para afastar essa suposta irregularidade, quais sejam (peça 10): i) o Termo de Referência (TR) não especificou as plataformas que a empresa deveria se credenciar, somente mencionou algumas das opções do mercado, de forma exemplificativa e didática, “usando inclusive a abreviatura etc”; ii) “a exigência é de credenciamento em mínimo de três empresas de refeições prontas e produtos **in natura** em **delivery** constantes das principais plataformas, e não de credenciamento em três plataformas, ou seja, a licitante deve se credenciar em mínimo de três estabelecimentos comerciais que recebam pagamento pelas plataformas”; iii) o serviço (**delivery**) especificado no subitem 4.17.2 do TR teve seu uso intensificado durante a pandemia, com a desejada redução de aglomerações, sendo reconhecidamente conveniente, rápido e confortável aos usuários e já popularizado.

7. Quanto aos demais questionamentos (das alíneas “b” e “c” do item 5), foi proposta, além de diligência para obter documentos, a oitiva prévia dos Departamentos Regionais de Pernambuco do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai/PE) e do Serviço Social da Indústria (Sesi/PE), para que as entidades se pronunciassem acerca dos seguintes indícios de irregularidade (peça 24):

a) “fixação de critério de desempate por votação entre os funcionários, em vez de critério mais simples, objetivo e diretamente voltado à ‘promoção de saúde e segurança alimentar do

trabalhador’, a teor do art. 3º, inc. III, da MP 1.108/2022”; e

b) “não concessão de prazo maior e gradual nos [sub]itens 4.10 e 4.11 do TR, considerando inclusive a situação anterior de menor quantitativo de estabelecimentos credenciados do que a quantidade exigida no certame e a possibilidade de longo prazo contratual (até 60 meses), em potencial prejuízo à competitividade do certame, ferindo o disposto no art. 2º do Regulamento de Licitações e Contratos”.

8. Esclareço que os subitens 4.10 e 4.11 do TR anexo ao edital previam prazo de 10 (dez) dias úteis, a contar da assinatura da avença, para a contratada oferecer “a rede credenciada completa”, com elevado quantitativo de estabelecimentos exigidos no instrumento convocatório (de 2.000 estabelecimentos para o cartão alimentação e 2.000 para o cartão refeição, na Região Metropolitana do Recife, dez estabelecimentos em cada uma de seis cidades listadas para cada tipo de cartão, peça 2, p. 22), conforme a transcrição que se segue (peça 2, p. 23):

“4.10. A CONTRATADA deverá apresentar o Catálogo de Credenciados, no momento da assinatura do contrato, sendo este constante de uma relação com razão social, nome fantasia, endereço, CNPJ e telefones, dos estabelecimentos comerciais legalmente estabelecidos dentre padarias, lanchonetes, restaurantes, supermercados e hipermercados, informando separadamente os estabelecimentos que recebem o cartão ALIMENTAÇÃO e REFEIÇÃO, conforme quantitativos mínimos descritos neste Termo de Referência.

4.11. Caso a proponente não disponha de rede credenciada com o quantitativo mínimo estipulado, terá um prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, após a assinatura do contrato para apresentação da rede credenciada por completo.”

9. Em exame inicial dos autos, concordei com a interpretação da antiga Selog de que o comando disposto no subitem 4.17.1 do TR (v. item 6 **supra**) foi razoável e restou bem esclarecido pelas entidades promotoras do certame, pois se refere ao mínimo de três estabelecimentos com acesso ao pagamento por cartão-benefício em plataforma virtual, e não ao “mínimo de três plataformas”, conforme suscitado pela empresa representante, sobrando para análise as questões relativas aos subitens 4.10 e 4.11 do TR e à fixação de critério de desempate por votação entre os empregados do sistema FIEPE, razão pela qual autorizei a unidade instrutiva a dar prosseguimento nas medidas processuais propostas, acrescentando determinação para que fosse promovida oitiva da licitante vencedora da disputa (peça 15).

10. Adotada a integralidade das providências acima indicadas e concluída a análise das manifestações encaminhadas (peças 27 a 29), a unidade técnica sugeriu, em nova instrução (peça 34, p. 6), indeferir o pedido de medida cautelar, ante a proximidade do encerramento da vigência do contrato atual e a impossibilidade de sobrevida dessa avença, porquanto a nova legislação (§ 2º do art. 3º da Medida Provisória 1.108/2022) passou a vedar a prorrogação de ajustes que previam deságios/descontos sobre a contratação de serviços de vales/cartões alimentação/refeição.

11. Também propôs, considerando a possibilidade de construção participativa das deliberações deste Tribunal, solicitar ao Senai e ao Sesi, caso quisessem, a apresentarem possíveis ações corretivas que poderiam ser tomadas na linha de alterar seus correspondentes regulamentos de licitações e contratos e/ou as minutas de editais pertinentes ou de expedir orientação às suas unidades regionais para prevenir ou corrigir os indícios de potenciais efeitos adversos à competitividade e à economicidade das licitações de vales/cartões alimentação/refeição derivados da vedação de deságios/descontos após a edição da MP 1.108/2022, atualmente convertida na Lei 14.442/2022, art. 3º (peças 34 e 35), o que foi por mim consentido mediante despacho inserto à peça 36.

12. Conferida às entidades a oportunidade de se manifestarem acerca das conclusões (parciais) da unidade técnica, a Auditora Federal de Controle Externo (AUFC) examinou as contribuições acostadas autos (peça 48), compreendendo, em substância, que: a) não foi razoável o prazo previsto no termo de referência do edital para apresentação da cobertura da rede credenciada pela contratada (v. item, 8 acima); e b) 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.

13. Por conseguinte, a AUFC propôs ao Tribunal (peça 53):

a) conhecer da Representação, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

b) indeferir o pedido de concessão de medida cautelar;

c) recomendar ao Sesi/DN e ao Senai/DN que avaliassem a conveniência e a oportunidade de normatizar ou orientar seus departamentos regionais para que, na contratação de serviços de administração, intermediação e fornecimento de benefício alimentação e refeição aos colaboradores, adotassem as seguintes medidas, considerando a vedação de deságio ou o uso de taxa de administração negativa (imposta pela Lei 14.442/2022), em atendimento aos princípios da competitividade e da economicidade (art. 2º do Regulamento de Licitações e Contratos do Sesi e do Senai), informando ao TCU, no prazo de 90 dias, as providências tomadas e os resultados porventura obtidos:

c.1) “caso a seleção da empresa a ser contratada seja mediante prévia licitação, observe critérios objetivos alternativos no julgamento das propostas, em caso de empate entre duas ou mais propostas”; e

c.2) “caso essa seleção seja mediante credenciamento, observe 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”; e

d) dar ciência às entidades acima indicadas de que a não concessão de prazo maior e gradual nos subitens 4.10 e 4.11 do Termo de Referência do edital, “considerando inclusive a situação anterior de contratação de menor quantitativo de estabelecimentos credenciados do que a quantidade exigida no certame e a possibilidade de longo prazo contratual (até 60 meses),” está em desacordo com o princípio da competitividade, ferindo o disposto nos arts. 2º dos Regulamentos de Licitações e Contratos do Sesi e Senai.

14. O Diretor da unidade técnica concordou com o exame e com o encaminhamento sugeridos (peça 54). Nessa linha de exegese, a Titular da antiga Selog igualmente acolheu a interpretação conferida à matéria. Nada obstante, apresentou achegas à proposta de recomendação a ser dirigida às entidades, sob o fundamento “de aclarar as razões da proposição”, **verbis** (peça 55):

“[subitem c.1 do item 13 acima] caso a seleção da empresa a ser contratada ocorra mediante prévia licitação, o que, conforme a limitação imposta pela Lei 14.442/2002, levará ao provável empate das propostas, considerar no instrumento convocatório critérios de desempate objetivos, a exemplo do sorteio, com vistas a mitigar eventuais riscos envolvidos na solução de sufrágio atualmente adotada, como de conflitos de interesses e interferências externas indevidas.”

15. Estando os autos neste gabinete, no dia 1º/2/2003, representantes legais do Departamento Nacional do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai/DN) e do Departamento Nacional do Serviço Social da Indústria (Sesi/DN) ofereceram, em conjunto, Memoriais, com as seguintes redarguições à instrução da unidade técnica (peça 56):

a) a proposta de recomendação não é compatível com o estabelecimento de prazo para adoção da medida;

b) os Departamentos Nacionais das entidades do Sistema “S” não têm competência para edição de normas de caráter vinculante, o que cabe aos Conselhos Nacionais;

c) não é adequado que a norma fixe o critério de desempate em caso de licitação para contratação de auxílio-alimentação destinado aos colaboradores, pois o mais acertado, segundo os critérios de conveniência e oportunidade, seria deixar que cada edital dispusesse sobre a matéria;

d) ao prever o escrutínio dos colaboradores, o critério de desempate não foi subjetivo como compreendeu a unidade técnica, porquanto não houve subjetividade alguma por parte das contratantes;

e

e) o referido critério ainda tem a vantagem de trazer os beneficiários do auxílio-alimentação para o processo decisório.

II

16. Preliminarmente, registro que esta Representação deve ser conhecida, porquanto formulada em aderência aos dispositivos aplicáveis à hipótese, previstos no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, c/c os arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno/TCU e com o art. 103, § 1º, da Resolução/TCU 259/2014. Entendo ainda que os autos reúnem os elementos necessários para a avaliação de mérito do processo, estando a “causa madura” para julgamento por parte deste Colegiado.

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:

“19. 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.

20. A medida ora proposta visa coibir essa prática, criando a proibição de cobranças de taxas negativas ou deságio tanto no âmbito do PAT quanto na concessão do auxílio alimentação de que trata o § 2º do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho.”

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.

23. A votação prevista teve regramento assim descrito nas disposições do edital (peça 2, p. 11):

“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.”

24. Creio que as entidades que conduziram o certame 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, 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.

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).

III

27. Questão que sobressai dos autos, subjacente ao tema, refere-se à suposta subjetividade desse critério. Rememoro que a empresa representante, em uma de suas vergastas dirigida contra o edital em exame, considerou que o critério de sufrágio seria subjetivo e, por conseguinte, irregular. A unidade técnica, na instrução preliminar inserta à peça 24, igualmente vislumbrou hipótese de subjetividade, tanto é que sugeriu oitiva prévia das entidades acerca da “fixação de critério de desempate por votação entre os funcionários, em vez de critério mais simples e objetivo”.

28. Na instrução final de mérito (peça 53), a antiga Selog não se referiu expressamente à possível subjetividade do escrutínio. Nada obstante, infere-se que ainda compreende se tratar de

critério de desempate não objetivo, porquanto propôs recomendar ao Sesi/DN e Senai/DN que observassem “critérios objetivos alternativos no julgamento das propostas, em caso de empate entre duas ou mais propostas” (cf. a AUFC) e “de considerar no instrumento convocatório critérios de desempate objetivos, a exemplo do sorteio, com vistas a mitigar eventuais riscos envolvidos na solução de sufrágio atualmente adotada, como de conflitos de interesses e interferências externas indevidas” (cf. a Titular da unidade).

29. Como noticiado alhures, o Sesi/DN e o Senai/DN apresentaram Memoriais contrapondo-se à posição da Selog (subjatividade) em que sustentam a objetividade do escrutínio dos colaboradores. Apesar de os Memoriais serem medida processual meramente informativa, e não propriamente de defesa, por não existir etapa de “contestação” de instrução da unidade técnica em processos do Tribunal (v. Acórdão 7.339/2020 – 2ª Câmara, de minha relatoria), em deferência aos cânones da verdade material e do formalismo moderado, normalmente lembrados nos processos que tramitam nesta Casa, e ainda tendo em vista a interpretação conferida à matéria pela unidade instrutiva, passo ao exame dessa questão para que fique bem assentada pelo Tribunal.

30. A definição de 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.

31. Sem a discriminação de disposições objetivas nos instrumentos convocatórios, não se poderia assegurar deferência ao princípio constitucional da isonomia previsto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, para contratações públicas, reiterado em leis e nos arts. 2º dos Regulamentos de Licitações e Contratos do Sesi e do Senai.

32. No caso concreto, entendo que 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.

33. Por conseguinte, creio que o Tribunal pode placitar o critério empregado pelas entidades para solucionar o caso de igualdade de taxas de administração entre duas ou mais propostas, ante a sua razoabilidade e objetividade com que foi delineado no Edital (PPC) 1/2022.

34. Rememoro que a unidade técnica, na sua proposta de recomendação, sugeriu a adoção de “critérios de desempate objetivos, a exemplo do sorteio, com vistas a mitigar eventuais riscos envolvidos na solução de sufrágio atualmente adotada, como de conflitos de interesses e interferências externas indevidas” (proposta da Titular da Selog). Essa preocupação de evitar “conflitos de interesses” e/ou “interferências externas”, apesar de louvável e do zelo interpretativo, foi feita em tese, ou seja, não foi aferida no caso concreto ou com base em elementos de prova que compõem os autos, razão pela qual entendo desnecessário tratar do tema, em abstrato, neste processo.

35. Ademais, compreendo que não cabe ao controle externo preferir o sorteio ao escrutínio ou este àquele, porquanto essa questão está sob a égide da discricionariedade administrativa do gestor, que lhe assegura âmbito de ação, de decisão e de escolha entre as diversas hipóteses possíveis e válidas perante o ordenamento jurídico. O que deve ser observado sempre, em cada caso, é se os parâmetros da disputa foram razoáveis e especificados de forma clara, objetiva e detalhada no instrumento convocatório da licitação, o que ocorreu nestes autos.

36. Recordo, nesse contexto, a reflexão clássica de Roberto Dromi utilizada para explicar, com espíritosidade, alguns setores de controle rígido e burocrático da administração pública argentina que haviam se convertido em “máquinas de impedir”, enquadrando-se ao que o autor nomeou de “código do fracasso”: “artigo 1º: não pode. artigo 2º: em caso de dúvida, abstenha-se. artigo 3º: se é urgente,

espere. artigo 4º: sempre é mais prudente não fazer nada.” (DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**, 4. ed., Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995, p. 35). Havendo escolhas legalmente admitidas e razoáveis, não se pode interditar ou criar obstáculos às decisões discricionárias da gestão.

37. Igualmente deve ser lembrado que a arquitetura legislativa recente, inaugurada pela Medida Provisória 1.108/2022 e consagrada pela Lei 14.442/2022, impôs à administração pública nova realidade normativa que exigirá do gestor impulsos inovadores para superar desafios referentes à área de licitações, especialmente em objetos relativos à contratação de benefício alimentação e refeição.

38. As medidas práticas providenciadas para cumprir as exigências do ordenamento jurídico, nos casos concretos trazidos ao descortino do Tribunal, devem ser analisadas com cuidado necessário e com os “olhos” igualmente voltados à inovação, como sói ocorrer nesta Casa de Contas, especialmente para não se correr o risco de cauterizar as iniciativas legítimas e proporcionais adotadas pela administração, e, ainda, para não contribuir com a crítica também clássica feita por Otto Mayer acerca da sua impressão de que “o direito constitucional se transforma e o direito administrativo permanece” (“**Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht**”, MAYER, Otto. **Deutsches Verwaltungsrecht**, 3. ed., Berlin, 1960, v. 1, prefácio, p. 3).

39. Nessa ordem de ideias, considerando o critério do sufrágio fixado no Edital 1/2022 ter sido descrito à guisa objetiva (ou seja, de não haver irregularidade nesse quesito), entendo desnecessária a primeira recomendação alvitrada pela então Selog (v. item 13.c1, acima).

IV

40. Por sua vez, a outra recomendação sugerida pela unidade técnica refere-se à necessidade de as entidades observarem os procedimentos similares aos dispostos no art. 79, parágrafo único, da Lei 14.133/2021 e o entendimento constante do Acórdão 533/2022 – Plenário (rel. min. Antônio Anastasia), mediante aplicação analógica, caso a contratação da empresa seja realizada por credenciamento.

41. A proposta tem aderência à jurisprudência do Tribunal, conforme indicou a antiga Selog. Para melhor aproximação com a matéria, reproduzo o voto que impulsionou o Acórdão 5.495/2022 – 2ª Câmara (rel. min. Bruno Dantas), que também menciona o precitado Acórdão 533/2022 – Plenário (grifos do original):

“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:

Acórdão 533/2022-TCU-Plenário.

‘15. Apesar de a Lei 14.133/2021 não se aplicar às sociedades de economia mista, regidas pela Lei 13.303/2006, é razoável admitir que as novas regras de flexibilização e busca de eficiência dos processos seletivos para contratações públicas, ao serem aprovadas pelo Poder Legislativo para aplicação no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional - de rito administrativo mais rigoroso -, podem, e devem, ser estendidas, por analogia, às sociedades de economia mista, que, sujeitas ao regime de mercado concorrencial, exigem, com mais razão, instrumentos mais flexíveis e eficientes de contratação. Assim, embora o credenciamento não esteja previsto expressamente na Lei 13.303/2006, é razoável admitir, na espécie, a aplicação analógica das regras previstas nos arts. 6º, XLIII, e 79, da Lei 14.133/2021 às empresas estatais.’

33. Nesse sentido, não se observa impeditivo ao uso do credenciamento na forma realizada pela Infraero.”

42. Ainda que os precedentes acima sejam referentes às empresas estatais, ou seja, encaminham a aplicação analógica das regras do 79 da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos) àquelas empresas regidas, em suas licitações, pela Lei 13.303/2006, creio que essa interpretação pode 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.

43. Por fim, acolho a proposta de dar ciência aos Departamentos Regionais de Pernambuco do Senai e do Sesi de que a exigência prevista nos subitens 4.10 e 4.11 do TR não foi razoável ao fixar prazo exíguo de 10 (dez) dias úteis, contado da assinatura da avença, para que a contratada apresentasse “a rede credenciada completa”, em vez de considerar prazo maior e gradual, haja vista o elevado quantitativo de estabelecimentos exigidos no instrumento convocatório (de 2.000 estabelecimentos para o cartão alimentação e 2.000 para o cartão refeição, na Região Metropolitana do Recife, dez estabelecimentos em cada uma de seis cidades listadas para cada tipo de cartão, peça 2, p. 22), o que apresentou potencial prejuízo à competitividade do certame, contrariando os arts. 2º dos Regulamentos de Licitações e Contratos do Sesi e do Senai, segundo os quais são vedados “critérios que frustrem [o] caráter competitivo” dos certames.

44. Em substância, proponho a este Colegiado: a) conhecer desta Representação, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente; b) indeferir o pedido de concessão de medida cautelar; c) 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); e d) dar ciência aos Departamentos Regionais de Pernambuco do Senai e do Sesi de que a exigência prevista nos subitens 4.10 e 4.11 do TR não foi razoável ao fixar prazo exíguo de 10 (dez) dias úteis, contado da assinatura da avença, para que a contratada apresentasse “a rede credenciada completa”, em vez de considerar prazo maior e gradual, haja vista o elevado quantitativo de estabelecimentos exigidos no instrumento convocatório (de 2.000 estabelecimentos para o cartão alimentação e 2.000 para o cartão refeição, na Região Metropolitana do Recife, dez estabelecimentos em cada uma de seis cidades listadas para cada tipo de cartão, peça 2, p. 22), o que apresentou potencial prejuízo à competitividade do certame, contrariando os arts. 2º dos Regulamentos de Licitações e Contratos do Sesi e do Senai.

Com essas considerações, voto por que seja acolhida a deliberação que ora submeto a este Colegiado.



T.C.U., Sala das Sessões, em 15 de março de 2023.

MARCOS BEMQUERER COSTA
Relator

ACÓRDÃO Nº 459/2023 – TCU – Plenário

1. Processo: TC-007.906/2022-6.
2. Grupo: I; Classe de Assunto: VII – Representação.
3. Representante: empresa VR Benefícios e Serviços de Processamento S/A (02.535.864/0001-33).
4. Entidades: Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, Departamento Regional de Pernambuco (Senai/PE) e Serviço Social da Indústria, Departamento Regional de Pernambuco (Sesi/PE).
5. Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Auditoria de Contratações (AudContratações).
8. Representação legal: Alexandre Vitorino Silva (15.774/OAB-DF), Thiago Pedrosa Figueiredo (18.230/OAB-DF) e outros, representando Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – Departamento Nacional; Cássio Augusto Muniz Borges (91.152/OAB-RJ e 20.016-A/OAB/DF), representando Serviço Social da Indústria – Departamento Nacional; Viviane Kelly Di Gioia (280.906/OAB-SP), André Kloper de Almeida (270.648 B/OAB-SP) e outros, representando VR Benefícios e Serviços de Processamento Ltda.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos da Representação formulada pela empresa VR Benefícios e Serviços de Processamento S/A, com pedido de medida cautelar, acerca de possíveis irregularidades ocorridas no Pregão Presencial Conjunto (PPC) 1/2022, conduzido pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, Departamento Regional de Pernambuco (Senai/PE), e pelo Serviço Social da Indústria, Departamento Regional de Pernambuco (Sesi/PE).

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, c/c os arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno/TCU e no art. 103, § 1º, da Resolução/TCU 259/2014, conhecer da presente Representação, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

9.2. indeferir o pedido de concessão de medida cautelar;

9.3. nos termos do art. 4º, inciso I, da Resolução/TCU 315/2020, 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);

9.4. com fundamento no art. 9º, inciso I, da Resolução/TCU 315/2020, dar ciência aos Departamentos Regionais de Pernambuco do Senai e do Sesi de que, no Pregão Presencial Conjunto 1/2022, a exigência prevista nos subitens 4.10 e 4.11 do Termo de Referência anexo ao edital não foi razoável ao fixar prazo exíguo de 10 (dez) dias úteis, contado da assinatura da avença, para que a contratada apresentasse “a rede credenciada completa”, em vez de considerar prazo maior e gradual, haja vista o elevado quantitativo de estabelecimentos exigidos no instrumento convocatório (de 2.000 estabelecimentos para o cartão alimentação e 2.000 para o cartão refeição, na Região Metropolitana do Recife, dez estabelecimentos em cada uma de seis cidades listadas para cada tipo de cartão), o que apresentou potencial prejuízo à competitividade do certame, contrariando os arts. 2º dos Regulamentos de Licitações e Contratos do Sesi e do Senai, segundo os quais são vedados “critérios que frustrem [o] caráter competitivo” dos certames;

9.5. enviar cópia desta deliberação à empresa representante; e

9.6. arquivar este processo, com base no art. 169, inciso III, do Regimento Interno/TCU.

10. Ata nº 10/2023 – Plenário.
11. Data da Sessão: 15/3/2023 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0459-10/23-P.
13. Especificação do quórum:
 - 13.1. Ministros presentes: Bruno Dantas (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz, Antonio Anastasia e Jhonatan de Jesus.
 - 13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa (Relator).
 - 13.3. Ministro-Substituto presente: Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
BRUNO DANTAS
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
MARCOS BEMQUERER COSTA
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA
Procuradora-Geral