

## ORIENTAÇÃO N.º 177/2023

### TCE/SP E CARTÕES ALIMENTAÇÃO: ATUALIZAÇÕES SOBRE O CREDENCIAMENTO E PREFERENCIA ÀS ME E EPPS

#### Orientação

De início, o cenário do objeto “cartões alimentação/refeição” desde as alterações normativas que vedaram a taxa a negativa, tem sido confuso e conturbado.

É verdade que objetos similares, historicamente, eram resolvidos em lances/propostas em taxas negativas, e com o advento da vedação, as licitações foram encurraladas para duas alternativas: 1- licitar menor preço limitado à taxa zero, o que na lógica, leva ao empate geral das propostas, todas em taxa zero, e a solução do certame ficara a encargo dos critérios de desempate; ou 2- realizar credenciamento para os aludidos serviços, hipótese ventilada pelo TCU no Acórdão 5495/22<sup>1</sup> como possível solução.

#### **CREDENCIAMENTO**

O TCE/SP, analisando as transformações da técnica licitatória envolvendo o objeto cartões alimentação/refeição, isso através de casos concretos de seus jurisdicionados, ou seja, de soluções desenvolvidas pelos órgãos/entes licitantes na tentativa de viabilizar a contratação, tem emanado diversas posições. No e-TC 19262.989.22, por exemplo, o Tribunal considerou “inadequada” a utilização de credenciamento para o objeto em destaque. Todavia, em decisões mais recentes, nos TC-021288.989.22-1 e TC-021473.989.22-6<sup>2</sup>, houve mudança de entendimento por parte do Tribunal, que admitiu o uso do credenciamento em casos similares, alinhando-se a posição do TCU, citada anteriormente:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. CHAMAMENTO PÚBLICO. CREDENCIAMENTO DE EMPRESA PARA GERENCIAMENTO DE VALE ALIMENTAÇÃO. VEDAÇÃO DE TAXA DE ADMINISTRAÇÃO NEGATIVA. ESCOLHA DO CONTRATADO A CARGO DO BENEFICIÁRIO DIRETO DA PRESTAÇÃO. POSSIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA DAS REPRESENTAÇÕES.

[...]

Nesse contexto, o advento da proibição de desconto ou deságio em taxas de administração de benefícios de vale alimentação e refeição – inicialmente por força da Medida Provisória nº 1.108, de 2022, posteriormente pela Lei nº 14.442/2022 – conduz à inevitável remodelação dos negócios jurídicos firmados pela Administração Pública para esse desiderato.

<sup>1</sup> Disponível em: <https://www.parceriasgovernamentais.com.br/acordao-5495-2022-segunda-camara-tcu-possibilidade-de-utilizacao-de-credenciamento-por-empresas-estatais-para-contratacao-de-servico-de-gerenciamento-e-fornecimento-de-vaes-alimentacao-e-refeicoes/>. Acessado no dia 14 de julho de 2023.

<sup>2</sup> Disponível em: [https://www2.tce.sp.gov.br/arqs\\_juri/pdf/911792.pdf](https://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/911792.pdf). Acessado no dia 14 de julho de 2023.

Uma vez fatalmente caracterizado o empate entre as propostas, todas com oferta da denominada “taxa zero”, compreensível a preocupação do gestor em relegar ao fator “sorte” a escolha do prestador do serviço, se processado o torneio sob égide da Lei nº 8.666/93.

[...]

Ainda que sob a nova legislação, aliás, eventual desempate entre duas ou mais propostas não se afigura solução das mais praticáveis frente ao objeto pretendido.

Caracterizado aludido cenário, identifica-se possibilidade do uso do credenciamento, sabidamente admitido por doutrina e jurisprudência e hoje assim expressamente definido na Lei nº 14.133/2021: processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados (art. 6º, XLIII).

Portanto, atualmente, é perfeitamente compreensível e viável a opção pelo credenciamento. Seja pela aceitação do credenciamento no regime da Lei Federal nº 8.666/93, seja fundamentado no art. 79, II, da Lei Federal nº 14.133/2021.

### **“MENOR PREÇO” E PREFERÊNCIA ÀS ME E EPP**

Os artigos 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/06, preveem:

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. [\(Vide Lei nº 14.133, de 2021\)](#)

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

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

Art. 45. Para efeito do disposto no [art. 44 desta Lei Complementar](#), ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma: [\(Vide Lei nº 14.133, de 2021\)](#)

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

II - não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do **caput** deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos [§§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar](#), na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos [§§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar](#), será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

§ 1º Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no **caput** deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.

§ 2º O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 3º No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.

Acontece que, o certame que visa o menor preço, no objeto em análise, está limitado a taxa zero, e todas as concorrentes estarão nesse patamar. Nesse ponto, não haverá como reduzir as propostas, embora haja empate real, entre todas, MEs, EPPs e as demais empresas. A aplicação do benefício se torna confusa, e não por acaso, em função de que esse critério de desempate não foi arquitetado para uma situação em que as propostas sejam todas idênticas e impossíveis de serem reduzidas, como a realidade atual do objeto em estudo.

E conferindo recentes decisões do TJSP, verifica-se que o judiciário tem firmado posição no sentido de que a preferência de MEs e EPPs em certames licitatórios que vedam a taxa negativa deve prevalecer, de modo que o sorteio deve estar concentrado nessas empresas beneficiadas, como exemplo:

**Processo Digital nº: 1000089-59.2023.8.26.0047**

[...]

Posto isso, CONCEDO A SEGURANÇA pleiteada por MEGAVALLE ADMINISTRADORA DE CARTÕES E SERVIÇOS LTDA contra ato da COMISSÃO MUNICIPAL DE PREGÃO da FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS/SP-FEMA para o fim de ANULAR todos os atos da licitação que ocorreram a partir do sorteio impugnado, tendo em vista que não foi respeitado o direito de preferência das MEs e EPPs e para DETERMINAR que novo sorteio seja realizado apenas entre as microempresas e empresas de pequeno porte que empataram com a melhor proposta.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – TCESP, também tem se posicionado nesse sentido:

**Processo: TC-007050.989.23-5<sup>3</sup>**

[...]

Assim, se houver uma licitante nas condições albergadas pela Lei Complementar 123/2006, deve ser outorgado a ela do direito de preferência. Contudo, havendo duas proponentes nessa mesma condição de ME ou EPP, haverá sorteio entre elas.

Verificando-se, ainda, que não há micro e pequenas empresas na situação em testilha, mas permanecendo o empate real entre as demais empresas, serão

<sup>3</sup> Disponível em: [https://www2.tce.sp.gov.br/arqs\\_juri/pdf/912340.pdf](https://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/912340.pdf). Acessado no dia 14 de julho de 2023.

adotados os critérios de desempate preconizados no artigo 3º, § 2º, da Lei n.º 8.666/1993, como já estabelece o subitem 5.210 e seguintes do instrumento. Ademais, como se extrai do artigo 45, § 2º, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos de 1993, somente “No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo”, sistemática que já é observada pela Administração nos termos do item 5.2.411 do edital.

Logo, considerando procedente a questão, deve a Câmara Municipal alterar a sistemática prevista no subitem 8 e seguintes do item VII (Do Procedimento e Julgamento), bem como outros que lhe sejam correlatos, a fim de garantir o direito de preferência de micro e pequenas empresas,

5.2. Havendo empate entre as PROPOSTAS IGUAIS (não seguidas de lances) de valor 0% (zero por cento), o critério de desempate será aquele previsto no art. 3º, § 2º, da Lei n.º 1993, assegurando-se a preferência, sucessivamente, aos serviços prestados por:

5.2.1. Empresas brasileiras;

5.2.2. Empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País;

5.2.3. Empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoas com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

5.2.4. Persistindo o empate, a proposta vencedora será SORTEADA dentre as propostas empatadas. (Art. 45 - § 2º da L.F. n.º 8.666/93) estabelecido na Lei Complementar n.º 123/2006, também para o caso de empate real.

De fato, percebe-se que a alteração legislativa que veda a taxa negativa, desencadeou uma série de inconsistências técnicas no processamento de licitações com o objeto cartão alimentação/refeição, ao ponto de tornar o critério menor preço impraticável, e a condição de ME e EPP um fator qualificatório para participação de sorteio exclusivo, que será o critério de desempate solucionador da licitação, em muitos casos.

Soma-se a isso o fato de que, recentemente, o TCE/SP também entendeu pela inaplicabilidade do critério “técnica e preços” [TC 000601.989.23-9<sup>4</sup>] para o objeto discutido. Reduzindo ainda mais as hipóteses legais.

Há ainda, outra posição sendo fomentada especialmente pelo TCE/PR, envolvendo a não aplicação da vedação à taxa negativa aos órgãos públicos<sup>5</sup>, especialmente em licitações. Mas, vale ressaltar, o TCE/SP, ao contrário, vem reconhecendo a incidência da vedação<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/boletim-de-jurisprudencia/boletim>. Acessado no dia 14 de julho de 2023.

<sup>5</sup> Disponível em: <https://www1.tce.pr.gov.br/noticias/tce-pr-reavaliara-legalidade-da-taxa-de-administracao-negativa-em-contratos/10252/N>. Acessado no dia 14 de julho de 2023.

<sup>6</sup> Disponível em: [https://www2.tce.sp.gov.br/arqs\\_juri/pdf/892323.pdf](https://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/892323.pdf). Acessado no dia 14 de julho de 2023.

## **Conclusão**

**Ante o exposto, S.M.J.**, conclui-se que atualmente o TCE/SP tem aceitado o credenciamento como hipótese de contratação de vale alimentação/refeição.

Ainda, aos que optam por manter licitações com o critério menor preço, o TCE/SP tem entendido que a preferência à contratação de ME e EPP deve ser garantida ainda que haja empate real das propostas, ou seja, o Tribunal tem se posicionado no sentido de que os editais devem prever a preferência de contratação de ME e EPP, ainda que todas as propostas sejam idênticas, e sobre os critérios de desempate, caso haja mais de uma participante nessa condição, tem entendido o Tribunal que pode ser adequada à realização de sorteio exclusivo, antes que sejam aplicados critérios gerais de desempate ou sorteio geral com todas as concorrentes.

Adamantina/SP, 17 de julho de 2023.

**Leonardo Vieira de Souza**

Consultor Responsável pela Elaboração

**José Carlos Pacheco de Almeida**

Responsável pela Revisão e Aprovação