

Identificação do Documento:  
DC-0038-05/96-P

Tipo do Documento:  
Decisão

Ementa da Decisão:

Representação formulada por licitante. Aquisição de Vale Refeição pela CEF. Cotação de taxa de administração zero ou negativa. Conhecimento. Juntada dos autos às contas. - Preço Inexequível. Considerações em confronto com a cotação zero ou nulo de taxa de administração.

Dados Materiais:

Decisão 38/96 - Plenário - Ata 05/96 Processo nº TC 006.741/95-9 Interessada: Transamérica Serviços e Comércio Ltda - TRANSCHEK Entidade : Caixa Econômica Federal - CEF Relator: MINISTRO ADHEMAR PALADINI GHISI. Representante do Ministério Público: Dr.Paulo Soares Bugarin Unidade Técnica: 8ª Secex Especificação do "quorum": Ministros presentes: Homero dos Santos (na Presidência), Adhemar Paladini Ghisi (Relator), Paulo Affonso Martins de Oliveira, Iram Saraiva, Humberto Guimarães Souto, Bento José Bugarin e o Ministro-Substituto José Antonio Barreto de Macedo.

Assunto:  
Representação.

Decisão:

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE: 1- conhecer do expediente encaminhado pela Transamérica Serviços e Comércio LTDA como representação, nos termos do disposto no § 1º do art. 113 da Lei nº 8.666/93, para, no mérito, considerá-la improcedente; 2- deixar assente que, no que pertine às licitações destinadas ao fornecimento de vales-refeição/alimentação, a admissão de ofertas de taxas negativas ou de valor zero, por parte da Administração Pública, não implica em violação ao disposto no art. 44, § 3º, da Lei nº 8.666/93, por não estar caracterizado, a priori, que essas propostas sejam inexequíveis, devendo ser averiguada a compatibilidade da taxa oferecida em cada caso concreto, a partir de critérios objetivos previamente fixados no edital; 3- determinar à Caixa Econômica Federal que faça constar de seus próximos editais de licitação menção quanto à possibilidade de serem apresentadas propostas consignando taxas de administração negativas ou de valor igual a zero, remetendo-se-lhe cópia desta Decisão, acompanhada do Relatório e Voto que a fundamentaram; 4- encaminhar cópia do Relatório da Unidade Técnica para a 1ª Secex, com vistas à subsidiar o acompanhamento do Programa de Alimentação do Trabalhador-PAT; 5- remeter cópia do Relatório, do Voto e da Decisão ora adotada à empresa interessada e ao Sr. Deputado Federal Luiz Gushiken, em face do decidido no TC 015.816/95-8, Decisão nº 585/95-TCU-Plenário; 6- juntar, oportunamente, os presentes autos às contas da Caixa Econômica Federal - CEF, relativas ao exercício de 1995, para análise em conjunto e confronto.

Relatório do Ministro Relator:

GRUPO I - Classe VII - Plenário TC 006.741/95-9 Natureza: Representação de Licitante Interessado: Transamérica Serviços e Comércio Ltda.-TRANSCHEK Entidade: Caixa Econômica Federal - CEF Ementa: Representação de licitante dando conta de irregularidades em procedimento licitatório, relativa à admissibilidade, pela Caixa

Econômica Federal-CEF, de taxas de administração negativas ou zero em certame para contratação de fornecimento de Vales-Refeição, frente a proibição contida no § 3 do art. 44 da Lei nº 8.666/93. Improcedência. Deixar assente que a admissão de taxas negativas ou de valor zero, no concernente às licitações destinadas ao fornecimento de vales-refeição, não implica em violação ao citado artigo legal, por não estar caracterizado, "a priori", que essas propostas sejam inexecutáveis, devendo ser averiguada a compatibilidade da taxa oferecida em cada caso concreto, a partir de critérios objetivos fixados no edital. Caracterizada, entretanto, infringência aos arts. 3º , 22, § 8º , 40, e § 4 do art. 21 todos da Lei nº 8.666/93, em concorrência realizada pela Caixa Econômica Federal. Juntada oportuna às contas da entidade em apreço. Cuidam os autos de solicitação de parecer relativo à viabilidade de se ofertar taxas de administração negativas ou zero em procedimentos licitatórios destinados a contratar fornecimento de Vales-Refeição/Alimentação, apresentada pela empresa Transamérica Serviços e Comércio Ltda, em decorrência de certame ocorrido na Caixa Econômica Federal - CEF, tendo em vista entender a interessada que tal possibilidade é proibida pela Constituição Federal e pela Lei de Licitações em vigor. 2. Para corroborar esse entendimento a Transamérica anexou expediente remetido por ela à CEF, no qual expõe, em síntese, que: 2.1- por ocasião da abertura dos envelopes de propostas é que tomou ciência de que a Comissão de Licitação aceitaria taxas negativas; 2.2- na licitação anterior, em que fora aceito como vencedoras duas empresas que ofertaram taxas negativas, uma delas foi obrigada a solicitar a elevação da taxa de administração para um patamar positivo e a outra veio a falir; 2.3- o Edital da concorrência em seus itens 4.1.5 e 8.2.3 vedam taxas zero ou inferiores a zero, julgando-as inexecutáveis; 2.4- em certame anterior a unidade jurídica da CEF manifestou-se favorável e acolheu as impugnações formuladas pela empresa Ticket, não permitindo na edição do novo edital, o de nº 017/94, que se ofertasse taxa zero ou negativa; 2.5- num contrato administrativo, onde o interesse público sobressai, não há de faltar o elemento Lucro, e que o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato é fundamental; 2.6- destarte, "sendo a única remuneração propriamente dita que as empresas do ramo, possuem, a taxa de administração cobrada dos estabelecimentos credenciados e dos clientes, condená-la a ser de valor zero ou negativa é ir contra o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e mesmo contra o texto constitucional, que, no inciso XXI do art. 37, `torna obrigatório o estabelecimento de obrigações de pagamento em todas as licitações públicas'"(fl.04- grifo do original). 2.7- a Lei nº 8.666/93, no seu art. 44, parágrafo 3º , dispõe que: "Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescido dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos"; 2.8- se não há lucro direto, aferido da operação qual seria o imposto a recolher? Qual seria a base de cálculo para o INSS? Estaria sendo prestado serviço e sendo lesado o fisco municipal? 2.9- " não se pode argumentar que os contratos de fornecimento de vales-refeição sejam 'sui generis' e que por isso, poderíamos praticar taxas negativas, posto que essa argumentação não é jurídica, sendo certo que em tema de " de interpretação jurídica é elementar a aplicação da máxima - 'onde a lei não distingue não é dado ao intérprete distinguir' - pela simples razão de que, se o intérprete distinguir estará legislando e, com isso, vulnerando o princípio constitucional da independência e harmonia dos poderes" (fl. 05); 2.10- como o valor facial de cada vale é estabelecido pelo próprio órgão licitante e fixo para todos, é certo que o preço é efetivamente dado pela taxa de administração, razão porque, é ela que decide, em última análise o menor preço; e 2.11- como a administração pública deve querer que o vencedor ou vencedores sejam capazes de cumprir o contrato sem que os abandone ou sejam levados à ruína econômica, deve desclassificar as propostas que ofertaram taxas negativas ou de valor zero, motivando a rejeição. 3. Junta, ainda, parecer do administrativista Toshio Mukai,

no qual o ilustre mestre analisa a situação em apreço destacando que: 3.1- a consultante informou que a atividade de fornecimento de vales-refeição depende, basicamente, de duas fontes de renda: taxa de serviços cobrada dos restaurantes e a taxa de serviços cobrada do cliente; adicionalmente, como toda empresa, as de 'refeições-convênios', em situação inflacionária, têm de recorrer ao mercado financeiro para preservar o valor real de seus saldos de caixa" (fls. 07/08); 3.2- esses saldos de caixa não podem ser considerados como sendo remuneração da empresa, mas sim, são produtos de práticas defensivas, destinadas a evitar a degradação dos saldos. Sem isto, a empresa poderia ser levada, em pouco tempo, à ruína; 3.3- "sob a alegação de que as empresas do ramo já tem seus lucros em função do tempo que retêm o dinheiro entre o seu recebimento e o seu pagamento, com a aplicação financeira consequente, que renderia à empresa cerca de 25% de juros e correção monetária, os órgãos públicos impõem que as empresas concorrente, nesse tipo de licitação, tenham que oferecer taxas de administração de valor zero ou até mesmo negativas"; 3.4- "as eventuais possibilidades de aplicações financeiras dos valores recebidos em função dos vales-refeições são problemas que nada tem a ver com o órgão público ou com as licitações. Tratam-se de valores que, se não aplicados, pela empresa, num país como o nosso, eternamente às voltas com altos índices de inflação, poderiam levar sérios prejuízos à empresa, por falta de preservação do valor aquisitivo da moeda"; 3.5- mesmo nos contratos administrativos, onde o interesse público sobressai, não pode faltar o elemento lucro, pois nesses contratos o princípio do equilíbrio econômico-financeiro é fundamental; 3.6- como a única remuneração das empresas do ramo é a taxa de administração cobrada dos estabelecimentos credenciados e dos clientes, condená-las a ser de valor zero ou mesmo negativa, é ir contra o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e mesmo contra o texto constitucional, que, no inciso XXI do art. 37, torna obrigatório o estabelecimento de obrigações de pagamento em todas as licitações públicas; 3.7- o fator de aplicação financeira não pode ser considerado no edital por tratar-se de assunto que diz respeito só à empresa, sendo assunto de economia própria e legítima da mesma, refugindo à licitação e, ainda assim, que consubstancia tão só simples atualização monetária e não ganho, e como o valor facial já vem fixado pelo órgão licitador, o único critério, ou pelo menos o mais preponderante e decisivo está na taxa de administração; é a todas as luzes, ilegal a permissão ou obrigatoriedade de o edital impor taxa de administração de valor zero ou negativa, pois ela é o preço; 3.8- cita o § 3º do art. 44 da Lei nº 8.666/93, já transcrito neste relatório, o qual proíbe preços irrisórios ou incompatíveis com o mercado para afirmar que essa disposição agora mais do que nunca impede o oferecimento de taxas de administração incompatíveis com o mercado; 3.9- o ramo de vale-refeições não pode ser exceção à regra, correndo risco de distinguir aonde a lei não o faz, pois se estaria criando uma exceção inexplicável e sem fundamento nenhum em relação a um único segmento do mercado, por isso entende que não se pode deixar de aplicar o disposto no § 3º do art. 44 da Lei nº 8.666/93 às licitações da espécie, assim como devem ser desclassificadas as propostas com tais taxas, eis que manifestamente inexequíveis; 3.10- cita doutrina e jurisprudência no sentido de que a desclassificação da proposta inexequível não é uma faculdade da Administração mas sim, um poder-dever já que seria inútil e prejudicial à Administração contratar com quem, a toda evidência, não pode cumprir o prometido não se permitindo nem ao edital admitir tais propostas; 3.11- propor preço simbólico, irrisório ou de valor zero corresponde, para os fins de licitação, ao pedido judicialmente impossível de que cuida o art. 295, parágrafo único, II, do Código de Processo Civil. 4. A instrução do feito ficou a cargo da 8ª Secex, a qual em primeira instrução, ao levar em conta: a) que esses processos licitatórios têm sido objeto de denúncias na imprensa; b) o volume de recursos envolvido nessa operação ( R\$ 96,6 milhões em vales para 79 mil empregados da CEF); e c) a possibilidade de ter havido favorecimento a alguns

concorrentes ao se informar, extra-oficialmente, que se aceitariam taxas negativas; propõe diligência esclarecedoras à entidade (fls.26/29). 5. A Sra. Diretora, com a aquiescência do Sr. Secretário, opina pela realização dos trabalhos "in loco" (fls. 29/30), sendo designado o analista Wagner César Vieira para proceder aos exames dos fatos descritos. RELATÓRIO DE INSPEÇÃO 6. Inicialmente, esclarece o analista que a possível ilegalidade propugnada pela empresa TRANSAMÉRICA referia-se ao procedimento administrativo impulsionado pelo OF.DEAMI/DICOM 6-099/95, de 26.04.95, o qual visava coleta de preços destinada à contratação direta de empresa para o fornecimento à CEF de vales alimentação/refeição, tendo em vista a suspensão da Concorrência nº 017/94, em razão do elevado número de recursos administrativos impetrados ainda na fase de habilitação. 7. Quanto a esse aspecto, informou o relatório de inspeção que o referido procedimento foi anulado pela própria Caixa Econômica por contrariar o art. 22, § 8, da Lei nº 8.666/93, o qual veda a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das previstas em Lei (fl.34). Entretanto, a despeito da anulação referida, entende o analista importante perscrutar o conteúdo da representação, "sobretudo pela gravidade, amplitude e complexidade do questionamento." 8. Ao analisar a questão suscitada nos presentes autos, mais especificamente sobre a viabilidade ou não de se ofertar taxas negativas ou zero, por serem proibidas pela Constituição e pela Lei de Licitação em vigor, observou-se que essa retroage até os idos de 1992, "quando, desde 6.11.92, as empresas GOLDEN TICKET e COMABEM têm sido as 'fornecedoras exclusivas' da CEF, até 6.5.95, quando expirou o prazo do último contrato" (fl. 35). 9. Foram, então, analisados os procedimentos licitatórios deflagrados pela CEF, a partir de 07.04.92, destinados à contratação de empresa do ramo de fornecimento de vales refeição/alimentação, quais sejam: - Concorrência nº 007/92 - CPL/MZ; - Concorrência nº 023/93 - CPL/MZ; - Concorrência nº 012/94 - CPL/MZ; - Concorrência nº 017/94 - CPL/MZ; - "Coleta de Preços" de que trata o OF. DEAMI/DICOM 6-099/95, de 26.04.95; - Contratação Direta (CI DEAMI 6-256/95, de 23.05.95). 10. Concorrência nº 007/92 - CPL/MZ - Deflagrada em 07.04.92. Previa taxa de administração, expressa em termos percentuais em relação ao valor de face dos tickets, podendo essa ser inferior a zero (taxa negativa); prorrogação de 12 meses; e que se a taxa de administração fosse negativa, caberia correção mensal - revisão periódica da Taxa de Administração com vistas a manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato durante o prazo de vigência (fl. 36). Venceram as empresas GOLDEN TICKET e COMABEM, as quais ofertaram taxas de - 16,126% (para os grupos II,IV e VI); e -7,7% (grupo I) e -17,4% (grupo V), respectivamente. Para um dos grupos todas as empresas ofertaram taxa zero o que ensejou a realização de nova concorrência, a de nº 023/93. Não houve recursos administrativos/judiciais. 10.1. Foram firmados os contratos de fornecimento com as empresas vencedoras, os quais sofreram prorrogação mediante Termo Aditivo, a partir de 06.11.93. Com a mudança da conjuntura econômica marcada pela implantação do Real e com o fim da correção monetária, as interessadas solicitaram a revisão das taxas de administração, com o que a CEF, após examinar os pleitos, houve por bem aquiescer. As referidas taxas foram repactuadas para o patamar de zero por cento. 10.2. A CEF deixa claro que a repactuação ocorrida deveu-se tão-somente ao Plano de Estabilização Econômica que instituiu o Real, o qual provocou o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato (fl.39). Entende o analista que os argumentos apresentados pela TRANSAMÉRICA quanto à impossibilidade fática de ofertar taxas negativas "comprovada" pela repactuação posteriormente ocorrida "não podem prosperar uma vez que o referido acordo foi efetuado legalmente e em situação adversa, ou seja, na iminência da implementação da 3ª fase do Plano Econômico, quando todos apostavam na queda vertiginosa e repentina dos ganhos auferidos com a 'ciranda financeira', que, fatalmente, iria inviabilizar a prática de taxas de administração negativas naquele momento" (fl.39). 11. Concorrência nº 023/93 -

CPL/MZ - As condições editalícias foram as mesmas da concorrência 007/92 - CPL/MZ. Sagrou-se vencedora a empresa CARTÃO REFEIÇÃO CONVÊNIO S/C LTDA., para o Grupo II, o qual não foi contemplado na concorrência anterior, com taxa de administração de -21,89% (fl.40). Não foram impetrados recursos administrativos ou judiciais. O contrato foi rescindido em 18.05.94 em decorrência, segundo a CEF, do péssimo atendimento que vinha sendo prestado à entidade estatal, configurando em descumprimento das obrigações assumidas (fl.40, item 2.4). 11.1. Quanto ao assunto, comenta o analista que não ficou caracterizado, como sugeriu a TRANSAMÉRICA, que a taxa de administração praticada pela empresa teria sido o motivo de sua falência, tendo os empregados da CEF citado como principal causa da falência da referida empresa os constantes atrasos de pagamentos efetuados pela Administração Pública (fl.41). 12. Concorrência nº 012/94 - CPL/MZ - Deflagrada em 15.12.94. Previa que poderiam se ofertadas taxas de administração inferiores a zero, sendo que nesse caso essa seria revista após 01 (um) ano. Estabelecia, também, que seria desclassificada a proposta "cujo preço for considerado excessivo ou manifestamente inexequível" (fl.106, Vol.I). Foram interpostos vários recursos, sendo pela primeira vez questionada a admissão de propostas com taxas negativas ou zero. 12.1. A Consultoria Jurídica da CEF acatou a impugnação oposta pelas empresas relativamente a essa admissibilidade, tendo o analista ressaltado, mais uma vez, que o contexto em que se inseriram as alegações das recorrentes era de incerteza quanto aos rumos que a economia seguiria após a implantação do Plano Real. Registra, também, que essas empresas obtêm sua principal receita pelo percentual de deságio cobrado dos conveniados, aliado ao prazo de reembolso. Segundo informações colhidas dos comerciantes credenciados, as taxas cobradas pelo credenciamento variam de 1 a 8% e o prazo de reembolso de 7 a 16 dias (fl.43). 12.2. Foram questionados, ainda, outros pontos do edital tais como: a exigência de quantitativos para capacidade técnica; a não realização de audiência pública previamente à divulgação do Edital, em virtude do valor estimado para a contratação; e distribuição de tíquetes por grupos constituídos de estados de regiões completamente diferentes ou opostas. A CEF, então, decidiu anular a concorrência em foco e autorizou a deflagração de novo processo licitatório (fl.44) 13. Concorrência nº 017/94 - CPL/MZ - Deflagrada em 16.11.94. Faltando 10 (dez) dias para a abertura das propostas a CEF fez publicar no DOU alteração do Edital (subitem 2.1.4.5) incluindo a exigência de apresentação de relação contendo, além dos principais supermercados, os principais restaurantes credenciados pela interessada, sem, entretanto, atentar para os prazos legais estipulados no art. 21 da Lei nº 8.666/93, o qual dispõe que qualquer modificação no edital implica em reabertura do prazo inicialmente estabelecido, "exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas", o que não foi o caso verificado (fl.45). 13.1. Relativamente à proposta comercial constava que a "taxa de administração, expressa em termos percentuais, com, no máximo, 4 casas decimais, em relação ao valor de face dos tickets", tendo sido retirada do edital a admissibilidade de taxas abaixo de zero como previa os editais das concorrências anteriores. No que toca a esse ponto, transcrevo os comentários traçados pelo analista, "in verbis": "4.10 Cabe ter presente, preliminarmente, uma observação. A Concorrência de nº 007/92-CPL/MZ, implementada sob a égide do Decreto-lei 2.300, de 21 de novembro de 1986, previa a admissão de taxa negativa (subitem 4.1.5, fls.17 - Vol.I). 4.11 Ora, se formos considerar como critério para determinar "stricto sensu" a exequibilidade da taxa de administração baseando-se, unicamente, nos critérios de positividade ou negatividade, estaríamos incorrendo em enganosa interpretação. 4.12 Se assim não fosse a Caixa teria de ter desclassificado as propostas vencedoras na Concorrência 007/92 (vide fls.3, Vol.I), já que o parágrafo 3º do prefalado Decreto-lei, estabelecia: "Não se admitirá proposta que apresente preços unitários simbólicos, irrisórios ou e valor zero, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos."

4.13 Qual deveria, então, ser o critério para se determinar a exequibilidade das propostas neste ramo de negócio. 4.14 Nosso saudoso mestre Hely Lopes Meirelles brinda-nos com a solução: "(...) na apreciação do preço a Administração deverá levar em conta todos os elementos que acarretem a sua redução ou aumento, a fim de identificar o menor preço real, resultante das vantagens economicamente quantificáveis e auferíveis pelos cofres públicos. Tais são as vantagens de prazo para pagamento, financiamento, descontos, carências, juros, impostos e outras de repercussão econômica efetiva e mensurável, que podem ser legitimamente computadas nos julgamentos baseados no fato preço, desde que pedidas ou admitidas no instrumento convocatório." (in LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO, 10ª ed., 1991, Editora Revista dos Tribunais, págs.152/153). (grifo, em negrito, de nossa autoria) 4.15 Noutras palavras, o que deve prevalecer é a prova inequívoca de que o ofertante será capaz de, uma vez a ele adjudicado o objeto da licitação, executá-lo, à vista de seus custos e receitas auferidas. 4.16 Assim, também, o professor Marçal Justen Filho leciona: "(...) A desproporção entre a estimativa de custo e a oferta autoriza a presunção da inviabilidade da execução da proposta ("in" COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, 1ª ed., 1993, Editora Aide, pág.263)." 4.17 Por analogia, caso haja proporção entre a estimativa de custo e a oferta apresentada, o que deverá ser comprovado pela empresa, autorizaria a aceitação da proposta, já que a Administração visa selecionar a proposta mais vantajosa (art. 3º/Lei 8.666/93). 4.18 A seguir, o mesmo autor, continua orientando-nos quanto a este mister: "(...) `A apuração da irrisoriedade do preço faz-se em função do caso concreto. Coteja-se o preço ofertado com as estimativas e avaliações elaboradas pela Administração anteriormente. Não basta apenas que o preço seja inferior à estimativa de custos. Afinal, a Administração não pode ser proibida de realizar um bom negócio'. É perfeitamente possível que a evolução tecnológica e o desenvolvimento empresarial possibilitem reduções de custo não previstas pela Administração. Deverá exigir informações suplementares que comprovadamente evidenciem a exequibilidade da prestação mediante remuneração daquela ordem. Se remanescerem dúvidas sobre a capacidade empresarial de execução da prestação, a proposta deverá ser desclassificada. Caso contrário, a Administração deverá classificar a proposta como vencedora. Haverá inexecuibilidade quando a margem de lucro for insuficiente para manutenção da atividade do licitante. E, se o preço ofertado foi insuficiente para cobrir os custos, não se afastará a inexecuibilidade da proposta. Deverá ser desclassificada a proposta deficitária (aquela inferior aos custos)." (grifamos)" (fls.46/47). 14. Acorreram ao referido certame 10 (dez) empresas, sendo que foram inicialmente habilitadas apenas 3(três). Houveram recursos e impugnações quanto a essa fase o que levou a Comissão a rever o resultado do julgamento, habilitando mais 3 (três) , tendo uma quarta se classificado por meio de liminar favorável em Medida Cautelar (fls.48/50). Inconformadas com o novo resultado da habilitação , outras interessadas interpuseram recursos, o que fez com que a CEF adiasse, "sine die", a data marcada para a reunião destinada à abertura das propostas. 15. O Sr. Analista ao examinar expediente oriundo da Comissão de Licitação assim se manifesta a respeito: "4.30 Os itens 5 a 7 da CI CPL/MZ 077/95 (fls.276/278) dão-nos idéia do estágio atual da prefalada concorrência e seu provável destino: revogação ou anulação. 4.31 Vale ressaltar que a proposta de "anulá-la, por ilegalidade" refere-se ao subitem 4.1.5 c/c 8.2.3 do Edital que, ao estabelecer uma taxa mínima de administração (maior que zero), "poderá estar constituindo direcionamento para o resultado da licitação, ao se ter em conta, como é de conhecimento público, a prática em diversas outras instituições e até na própria CEF, da taxa de administração igual a ZERO, não admitida no edital". 4.32 Conclui a Comissão afirmando que essas mesmas disposições estariam direcionando o certame para o SORTEIO. 4.33 Parece-nos pertinente a observação da CL/MTZ, uma vez que o mercado tem propiciado certa

flexibilidade quanto à utilização de taxas negativas. A própria coleta de preços (anulada pela CEF) referenda este argumento. Das 13 (treze) empresas consultadas, 11 (onze) ofertaram taxas menores ou iguais a zero e apenas 2 (duas) ofertaram taxas maiores que ZERO, porém, empataram no patamar de 0,0001% (fls.279/Vol.II).

4.34 Até a data do encerramento da inspeção, a Consultoria Jurídica da entidade ainda não havia se manifestado a respeito do destino do certame licitatório supra referido.

4.35 A propósito, em concorrência recente realizada por esta Corte de Contas, a de nº 02/94, cuja vencedora foi a VALE REFEIÇÃO, que ofertara ZERO%, 6 (seis) empresas praticamente empataram (taxa de administração em torno de 0,000005711%) (fls.280, Vol.II).

4.36 Isto porque, a despeito da aparente estabilidade da economia, o Governo tem mantido altas as taxas de juros como política de contenção de preços, possibilitando, em consequência, rentabilidade no mercado financeiro suficiente para que as empresas desse gênero cubram os seus custos e até mesmo, lucrem, conforme é demonstrado às fls.54/60, pela Golden Ticket, quando questionada pela CEF quanto à exequibilidade de sua taxa negativa em 5,5521%.

4.37 Contudo, não seria este o principal fundamento para que seja anulada a predita concorrência, mas, o descumprimento do parágrafo 4º do artigo 21 da Lei 8.666/93, "verbis": "§ 4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas".

4.38 Causamos espécie o fato de que tanto a CPL/MZ quanto a unidade jurídica da CEF admitiram ter incorrido em ilegalidade (fls.185/186 e 201/202, Vol.II, respectivamente), porém as medidas adotadas se mostraram ainda mais viciadas, ou seja, simplesmente desconsideraram a publicação da alteração do edital e reabilitaram empresas que haviam sido inabilitadas, transgredindo desta forma, além do princípio da legalidade, o da igualdade entre os licitantes e o da vinculação ao instrumento convocatório.

4.39 Nada mais justificável, portanto, os inúmeros recursos impetrados neste sentido sugerindo a anulação desse certame em curso." (fls.51/52) 16. Coleta de Preços (OF.DEAMI/DICOM 6-099/95, de 26.04.95) - Tratava-se de procedimento administrativo que buscava a contratação direta com fulcro no art.24, inciso IV, c/c parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.666/93, e que gerou a Representação ora em apreço, de lavra da TRANSAMÉRICA SERVIÇOS E COMÉRCIO LTDA. Não fazia menção quanto à admissibilidade de se ofertar taxas negativas, porquanto isso tenha ficado subentendido. Destaca o Sr. Analista que "Das 13 (treze) empresas 'convidadas', 11 (onze) entenderam assim, sendo que duas formalizaram expediente à CEF indagando sobre essa possibilidade", tendo a entidade esclarecido que "os termos da coleta de preço (...), principalmente em seus subitens 2.1.5 e 3.2, não prevêem recusa ou desclassificação de propostas que vierem a contemplar taxas nesses patamares" ( fls. 25 e 27 - Vol.III). Tal fato levou a instrução à conclusão de que não procede a afirmativa da interessada de que só se ficou sabendo dessa possibilidade no dia da abertura dos envelopes, "mesmo porque os partícipes assinaram, silentes, a ata de reunião destinada ao recebimento das propostas (fls.28 - Vol.III)." (grifo do original).

16.1. Houve, então, recursos administrativos questionando a aceitação de taxas negativas, os quais ensejaram manifestação da Consultoria Jurídica da CEF, a qual destaca que "informação trazida aos autos pela empresa GOLDEN TICKET, que, tendo a empresa TICKET SERVIÇOS apresentado taxas de administração negativas, na licitação realizada pela FURNAS CENTRAIS ELÉTRICAS S/A, em 10.01.95, de -2,70%, e pelo INSTITUTO BENJAMIN CONSTANT, em 16.02.95, de -0.5%, venha agora questionar a apresentação de taxas de administração negativas por outras empresas, tumultuando o procedimento de contratação emergencial, no qual é dispensada a licitação". (grifos do original) (fls. 77-Vol.III)" - fl.55

16.2. Informou o Relatório de Inspeção que por meio do OF DEAMI 6-105/95, de 08.05.95, foi solicitado à empresa vencedora da coleta de preços em apreço ( GOLDEN TICKET) que demonstrasse a

exequibilidade do cumprimento do contrato, tendo sido transcrito o seguinte trecho das explicações oferecidas pela interessada: "Dada a semelhança das condições comerciais propostas é errôneo o raciocínio desenvolvido pelas empresas que questionam a taxa de administração da Golden Ticket, e, que, aliás, pecam pela ausência de argumento do que é EXEQUÍVEL e do que é INEXEQUÍVEL. O mercado financeiro não é o único meio de uma empresa que presta serviços de intermediação de refeição obter remuneração. Esta advém das taxas de serviços cobradas dos estabelecimentos conveniados, das sobras de caixa que são aplicadas no mercado financeiro e das diferenças em número de dias existentes entre as operações que realiza, como: emissão do tíquete, utilização deste pelo usuário, pagamento dos tíquetes pelo cliente, reembolso à rede de credenciados.

.....  
..... (...) comportamento comercial atual das empresas do sistema refeição convênio; (...) o prazo de pagamento; (...) histórico real dos faturamentos dos meses de janeiro a abril e a estimativa para os meses futuros." (grifamos)" - fl.56 16.3 Esse procedimento foi anulado pela CEF por ter-se configurado em modalidade de licitação não prevista no art.22, "caput", da Lei nº 8.666/93. Nesse sentido, transcreveu o Sr. Analista trecho do Parecer da Consultoria Jurídica da CEF acerca do ocorrido, no qual essa assevera que "na ânsia de atender aos princípios que devem reger uma contratação emergencial, notadamente quanto à impessoalidade, moralidade e probidade administrativa, o DEAMI/DICOM pecou por excesso de cautela, ao utilizar, para coleta de preços, procedimento semelhante à licitação sob a modalidade de convite, o que possibilitou os questionamentos como ora examinados, quando a própria Lei nº 8.666/93 dispensa a licitação nos casos de emergência (art. 24, IV), observadas as condições previstas no seu art. 26" ( fl.53, item 5.9). 17. Contratação direta - CI DEAMI/DICOM 6-256/95, de 23.05.95 - Anulado o referido procedimento, estando o contrato firmado com a GOLDEN TICKET e COMABEM em vias de serem expirados ( 06.05.95), e com o adiamento sine die da reunião destinada para a abertura das propostas relativas à Concorrência nº 017/94-CPL/MZ, a CEF optou pela contratação direta, por 06 (seis) meses, das empresas que ofertaram menores taxas de administração na "coleta de preços" anulada. A Consultoria Jurídica da CEF manifestou-se de acordo com a alternativa sugerida, tendo a instrução destacado o seguinte trecho do Parecer exarado pela mesma naquela ocasião relativamente à taxa negativa, objeto da presente representação: "O § 3º do art. 44 da Lei nº 8.666/93, ao contrário do que pretende fazer crer as empresas não veda a "taxa negativa" na forma definida para taxa de administração de fornecimento de vales-refeição/alimentação, veda sim "proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos", mesmo porque taxa negativa, na hipótese, não significa inexequibilidade nem preços negativos, como assevera o mestre supra citado (sic). Eis que não se trata de mercadoria à qual poder-se-ia aplicar textualmente o disposto no art.44, § 3º do Estatuto das Licitações e Contratações. "In casu", em última análise, a mercadoria (vale) representa dinheiro e é paga antecipadamente em espécie (dinheiro), pelo que não há como não considerar os possíveis ganhos com sua aplicação, com a taxa cobrada da rede conveniada, com o prazo de pagamento e outros. É como se o contratante deixasse o valor ser pago ao contratado aplicado no mercado financeiro, e na medida em que os vales-refeição/alimentação fossem apresentados pelo contratado para resgate fossem quitados automaticamente. A taxa negativa nada mais representa que a recuperação pelo contratante de parte da rentabilidade obtida que torna o preço ajustado exequível. E, justamente, pelas razões retro apontadas, é que, conforme demonstrado nos autos, das 13 empresas do ramo que apresentaram propostas à CEF 10 empresas apresentaram taxa de administração negativa. Sendo que a CARDÁPIO apresentou taxa de 0% e as empresas reclamantes

TICKET SERVIÇOS e a TRANSAMÉRICA, a taxa de 0,0001%, taxas essas que, segundo o que consta do Parecer do Dr. Toshio Mukai, seria também considerado inexecutável, por ser simbólico e irrisório." (grifos no original) - fl.57 18. Continua sua argumentação acerca do assunto registrando que: "6.7 Por outro lado, as decisões desta Casa têm-se convergido neste sentido. Já que o objetivo primordial da licitação é selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e desde que os critérios para julgamento objetivo estejam claramente expressos no instrumento convocatório e observados no julgamento das propostas, não há que se falar em ilegalidade (vide itens 15 e 16, fls.27, "caput"). 6.8 Mais recentemente, ao examinar questão similar, qual seja a de se prever o maior desconto como critério de julgamento a fim de se aferir o menor preço, esta Corte considerou regular essa inserção nos instrumentos convocatórios destinados à contratação de serviços de transporte aéreo (Decisão 592/94-Plenário-Ata 44/94). 19. Em sua conclusão afirma que: "7.1 Os argumentos formulados pela empresa TRANSAMÉRICA SERVIÇOS E COMÉRCIO LTDA. apesar de não serem procedentes, advertiu-nos para uma situação que está a merecer maior atenção desta Corte. 7.2 Como é sabido, a regra geral na contratação é o prévio procedimento licitatório. Porém, neste caso específico, o da contratação ou de prorrogação de contratos destinados ao fornecimento de vales alimentação/refeição aos empregados da CEF, tem-se tornado rotina pelos motivos amplamente discutidos no decorrer deste relatório. 7.3 Acobertando-se sob o manto da "legalidade" e das exceções previstas na lei, a Caixa vem perpetuando procedimentos que não se coadunam com o princípio da moralidade e da probidade administrativa, inculpidos em nossa Lei Maior. 7.4 A empresa tem-se mostrado incompetente em dar prosseguimento a certame licitatório para a finalidade supra. Inicialmente, na Concorrência 012/94 deixou de observar a prévia audiência pública, além de outros vícios que foram corrigidos. Com a edição da Concorrência 017/94, infrações legais se repetem, haja vista o descumprimento do art. 21, parágrafo 4º da Lei 8.666/93. 7.5 Não cabe apenas responsabilizar a CPL/MZ. A área jurídica da entidade deve ser admoestada a emitir seus pareceres com isenção, e não simplesmente referendar atos acabados e decisões já tomadas, medida esta proposta no TC 004808/95-9 (ainda não deliberado por esta Corte). 7.6 Outra questão chamou-nos a atenção. Acobertadas, também, sob o manto do contraditório e da ampla defesa, as licitantes multiplicaram os seus recursos contra atos da administração e de terceiros (impugnações) assegurados pelo art. 109 da Lei 8.666/93, o que contribuiu, também, para o atraso da implementação do certame em curso. 7.7 Quanto à questão da previsão e admissão de propostas com taxas negativas ou iguais a zero, julgo não haver necessidade de tecer maiores comentários, exceto quanto à necessidade do Tribunal, a meu ver, de normatizar a matéria, a exemplo do tratamento dispensado por esta Corte aos serviços de transporte aéreo." - fl.58/59 20. Após tecer mais alguns comentários acerca do mérito do Programa de Alimentação de Trabalhador - PAT o Sr. Analista propõe ao Egrégio Tribunal: "1 - conhecer a presente representação, nos termos do disposto no § 1º do art. 113 da Lei nº 8.666/93, para considerá-la improcedente. 2 - com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, bem assim no art. 45 da Lei 8.443/92 c/c o art. 195 do Regimento Interno do TCU, fixar o prazo de 15 (quinze) dias para que a Caixa Econômica Federal adote providências com vistas ao exato cumprimento da Lei, em função da alteração promovida no subitem 2.1.4.5 do edital da Concorrência nº 017-94-CPL/MZ, publicada no D.O.U. de 06.12.92, sem que tivesse sido reaberto o prazo inicialmente estabelecido para apresentação das propostas, conforme previsto no art. 21, § 4º da Lei 8.666/93. 3 - considerar regular a inserção nos instrumentos convocatórios destinados à realização de licitação para contratação de empresas prestadoras de serviços de alimentação coletiva, para efeito de aferição da proposta mais vantajosa, critério de julgamento com base no maior desconto oferecido. 4 - determinar à 1ª SECEX que acompanhe "pari passu" as medidas dos

Poderes Executivo e Legislativo Federais, em discussão, tendentes a alterar a legislação concernente ao Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT, para, se for o caso, sugerir modificações visando o aperfeiçoamento do Programa. 5 - comunicar ao autor da presente representação a Decisão que vier a ser proferida nos autos. 6 - juntar, oportunamente, os autos às contas da Caixa Econômica Federal, exercício de 1995, para exame em conjunto e em confronto." (fl.61) 21. A Sra. Diretora esclarece, inicialmente, que a interessada não integra o rol de autoridades que podem formular consultas ao Tribunal, nos termos do art. 216 do Regimento Interno, além de o presente processo tratar de caso concreto, o que seria suficiente para que se propusesse o arquivamento dos autos. Entretanto, destaca que como o caso trazido ao conhecimento desta Corte refere-se à matéria da Lei de Licitações e envolve discussão de extrema relevância, acha conveniente dar o tratamento previsto no § 1º do art. 113 da Lei nº 8.666/93, ou seja, conhecê-la como Representação ( fl.62). 22. Após traçar alguns comentários acerca dos trabalhos desenvolvidos , a Sra. Diretora conclui que: "9.1.3 De tudo fica claro que a doutrina pesquisada assevera que a apreciação do preço constante de uma proposta para fornecimento de vales alimentação/refeição deve levar em consideração todos os fatores que interferem na aferição da margem de lucro do fornecedor. Uma taxa de administração negativa não significa que o ofertante deverá ter prejuízo na execução do contrato. Isto porque na composição de sua margem de lucro são computados fatores extra-preço, tais como prazo de recebimento da entidade contratante, prazo de pagamento da rede conveniada, descontos aplicados sobre o valor de face dos tíquetes no pagamento à rede conveniada, etc., fatores estes que permitem à contratada manter a capacidade empresarial de execução da prestação do fornecimento. 9.1.4 Entendemos, portanto, que taxas negativas para fornecimento de vales alimentação/refeição não significam preços irrisórios ou simbólicos, nos termos do disposto no § 3º do art. 44 da Lei nº 8.666/93, podendo, portanto, ser admitidas para aferição da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. 9.2 Além da discussão acerca da taxa de administração negativa nos contratos em comento, o Sr. Analista traz considerações importantes sobre o fato ocorrido na execução da Concorrência n 017/94, que encerra descumprimento do disposto no § 4º do art. 21 da Lei nº 8.666/93 ( itens 4.2 a 4.6 - fls.44/46). 9.2.1 Trata-se de alteração do edital, publicada no Diário Oficial da União, com efeitos sobre a formulação das propostas, sem que tenha sido reaberto o prazo inicialmente estabelecido para sua apresentação, configurado, no nosso entendimento, violação ao princípio da publicidade. Ante o exposto e tendo em vista as constatações feitas pelo Sr. Analista na inspeção determinada nos autos, concordamos com a proposta de fl.61, e submetemos os autos, no uso da competência que nos foi delegada pelo Titular desta Secretaria, através da Portaria nº 01, de 25.02.94 (BTCU n 12/94, pág. 330), à deliberação do Sr. Ministro Adhemar Paladini Ghisi, Relator da LUJ nº 7, relativa ao biênio 95/96." - fls. 63/64 23. Tendo em vista os aspectos jurídicos suscitados nos presentes autos, solicitei a oitiva da D.Procuradoria, que por meio do Subprocurador-Geral Dr. Paulo Soares Bugarin, assim se manifesta: "Trata-se de Representação encaminhada pela empresa Transamérica Serviços e Comércio Ltda - TRANSCHECK, acerca de possíveis irregularidades em procedimentos licitatórios realizado pela Caixa Econômica Federal - CEF, para fornecimento de vales alimentação/refeição. 2. De forma a carrear maiores subsídios para a análise da questão, foi realizada inspeção na CEF, sendo apresentado o relatório às fls. 32/61. 3. Somos distinguidos com a solicitação de audiência do eminente Ministro-Relator ADHEMAR PALADINI GHISI (fl. 65). 4. Sobressai dos autos questão atinente à possibilidade de oferecimento de propostas que consignem taxas de administração de valor zero ou, até mesmo, negativas. 5. Isso, porque, apesar de estar consagrado no art. 3º da Lei nº 8.666/93 que a licitação destina-se a 'selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração', e de que, nas licitações do tipo 'menor preço', essa escolha deverá

recair sobre a proposta de menor custo, nem sempre a proposta vencedora será a mais vantajosa para a Administração, pois pode ocorrer que o proponente não tenha como de arcar, no decorrer do contrato, com as condições ofertadas. 6. Para evitar a ocorrência de tais situações, o legislador, repetindo, em substância, disposição anteriormente contida no art. 36, § 3º, do Decreto-lei nº 2.300/86, fez constar na Lei nº 8.666/93, em seu art. 44, § 3º, a seguinte redação: '§ 3º. Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem à materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração.' 7. Diante de tal dispositivo legal, e de modo a demonstrar a ilegalidade do procedimento adotado pela CEF, argumenta a empresa, amparando-se em parecer do ilustre administrativista TOSHIO MUKAI, que, como o valor facial de cada vale-refeição/alimentação é estabelecido pelo próprio órgão licitante e fixo para todos, o preço será efetivamente dado pela taxa de administração, razão porque é ela que decide, em última análise, o menor preço, encontrando, portanto, plena e irrestrita incidência do disposto no § 3º do art. 44 da Lei nº 8.666/93 ao caso. 8. De fato, o preço, ou seja, a quantia em dinheiro que a CEF se obrigará a pagar ao fornecedor dos 'tickets', será obtido a partir do acréscimo do percentual devido a título de administração, ou do desconto que essa taxa representar, sobre o valor total dos vales fornecidos. 9. Dessa forma, a fixação de uma taxa de administração negativa fará com que o preço a ser recebido do contratante seja menor que o valor total dos vales fornecidos. 10. Porém, isso não autoriza que essa taxa de administração seja considerada como preço, para fins de subsunção direta e imediata do disposto no art. 44, § 3º, da Lei nº 8.666/93, fazendo-se necessária, preliminarmente, uma análise acerca da exequibilidade do oferecimento desses descontos. 11. Ademais, mesmo que se admitisse, apenas para fins de argumentação, que o referido dispositivo legal tivesse incidência ao caso vertente, e que fosse vedado o oferecimento de propostas com taxas de administração de valor zero ou negativo, mesmo assim, a situação que adviria, certamente não atenderia a esse mesmo comando legal, pois, como se verifica dos autos, a própria TRANSCHECK que agora apresenta esta representação, ofertou uma taxa de administração de 0,0001%, taxa essa que, adotando-se os mesmos critérios defendidos pela licitação, forçosamente também teria de ser considerado inexecutável, por apresentar um valor simbólico ou irrisório. 12. Destarte, ainda que considerássemos que o art. 44, § 3º, da Lei nº 8.666/93, tivesse uma abrangência tal, de modo a tornar inadmissível taxas de administração negativas ou de valor zero, essa vedação estaria atendendo somente ao aspecto formal da norma. 13. Ora, ao disciplinar que não sejam consideradas propostas com preços simbólicos, irrisórios ou de valor zero, o dispositivo legal está visando a prevenir a Administração de propostas inexecutáveis, que ocasionarão a paralisação da execução ou a busca, pela contratada, de alternativas para compensar o prejuízo incorrido, mediante utilização de materiais de pior qualidade e pleitos diversos para que sejam feitos aditamentos contratuais. 14. Portanto, o verdadeiro objetivo da norma é garantir que a proposta apresentada seja executável, isto é, que poderá ser cumprida fiel e integralmente. 15. Assim, deve-se analisar cada caso concreto e, a partir daí, verificar se as propostas são, de fato, inexecutáveis, em face dos preços praticados no mercado, da conjuntura econômica e das condições particulares da empresa. 16. Neste sentido, leciona a ilustre Professora LÚCIA VALLE FIGUEIREDO (Direito dos Licitantes, 4ª ed., Malheiros, 1994, p. 103), "verbis": 'Quanto ao que seja preço manifestamente inexecutável, a lei traça, pelos menos, um vetor. O § 3º do art. 44 dispõe: ' § 3º. Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos

respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos' (grifos da autora). Ainda se nos afigura de percepção inequívoca que a rejeição de propostas pela inexecutabilidade do preço deverá ser fundamentada. E, ademais, a fundamentação não prescindirá de parecer técnico, de análise técnica, que deverá ficar documentada no processo' (grifos nossos). 17. No caso da licitação em tela, cumpre verificar se o oferecimento de taxas de administração negativas ou de valor zero comprometerá a executabilidade do contrato, ponderando as especificidades do ramo de refeições-convênio e, em particular, da firma proponente. Além disso, para aferir a razoabilidade dos preços é necessário cotejá-los com as taxas praticadas no mercado. 18. Neste ponto, vale destacar que o Estatuto das Licitações prevê que a Comissão poderá promover diligências destinadas a esclarecer ou a complementar a instrução do processo (art. 43, § 3), ocasião em que o licitante poderá demonstrar a compatibilidade dos preços ofertados. 19. Sem embargo, apesar dessa faculdade concedida à Comissão de Licitação, cumpre alertar que no art. 40, inciso X, da Lei nº 8.666/93, está previsto que o edital deverá indicar obrigatoriamente 'o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso', além de estar consagrado no art. 3º da mesma lei, o princípio do julgamento objetivo. 20. Assim, essa análise de viabilidade e razoabilidade das propostas apresentadas, a ser procedida pela Comissão de Licitação, terá de pautar-se por critérios objetivos e previamente definidos no edital. 21. Apesar de o expediente dirigido à empresa Golden Ticket, para que esta demonstrasse a viabilidade da proposta apresentada à CEF (fl. 44, do vol. III), não atender a esses pressupostos, pois se tratava de uma contratação direta, extrai-se da resposta apresentada às fls. 45/61 do vol. III, que o faturamento das empresas desse ramo decorre não só da taxa de administração cobrada do contratante, como também 'advém das taxas de serviços cobrados dos estabelecimentos conveniados, das sobras de caixa que são aplicadas no mercado financeiro e das diferenças em número de dias existentes entre as operações que realiza, como: emissão do tíquete, utilização deste pelo usuário, pagamento dos tíquetes pelo cliente, reembolso à rede de credenciados'. 22. Além disso, nesse mesmo expediente (às fls. 51/52, do vol. III), também são elencadas as taxas de administração apresentadas pelas empresas de refeições-convênio em diversas licitações ocorridas em órgãos e entidades da Administração Pública, que comprovam ser prática corrente no mercado a fixação de taxas de administração negativas. 23. Portanto, como evidenciada a viabilidade de, em função das peculiaridades do ramo de refeições-convênio, essas empresas arcarem com taxas de administração negativas, não há falar-se em proibição da Administração de contratar com a proposta mais vantajosa financeiramente. 24. Por último, vale lembrar que este Tribunal, ao apreciar processo que tratava dessa mesma questão, originário de representação da Empresa de Alimentação do Trabalhador - EAT, contra licitação realizada pelo Serviço Federal de Processamento, entendeu que não havia qualquer ilegalidade no procedimento adotado (TC nº 018.126/91-0, Decisão nº 218/92 - Plenário, Ata nº 21/92 / Plenário). 25. A propósito, a orientação imprimida por esta Corte é no sentido de permitir que a Administração se beneficie de eventuais descontos praticados pelas empresas fornecedoras de produtos e serviços, como ficou patente na Decisão nº 592/94 - Plenário, publicada na Ata nº 44/94 (TCs nºs 007.913/94-0 e 009.802/94-2), que tratava da possibilidade de oferecimento de desconto sobre as comissões das agências de turismo, nas licitações para aquisição de passagens aéreas. Aliás, essa decisão amolda-se perfeitamente ao caso em análise, pois a taxa de administração negativa corresponde, na prática, a um desconto a ser concedido sobre o valor de face dos vales. 26. Dessa forma, este Ministério Público entende que, no pertinente às licitações destinadas ao fornecimento de vales-refeições/alimentação, a admissão de taxas de administração negativas ou de valor zero, não implicará violação do disposto no art. 44, § 3º, da Lei nº 8.666/93, por não estar caracterizado, a priori, que essas propostas sejam inexequíveis, devendo ser

averiguado a compatibilidade em casa caso concreto, a partir de critérios objetivos previamente definidos no edital. 27. Além disso, tem-se também que a fixação pura e simples no edital, de vedação de oferecimento de taxas de administração de valor zero ou negativas, constitui-se em flagrante infringência ao art. 40, inciso X, da Lei nº 8.666/93, pois, como visto, se a taxa de administração é fator determinante do preço, ao estabelecer-se o valor mínimo para a taxa de administração, estar-se-á, por consequência, fixando, previamente, um preço mínimo. 28. Portanto, o estabelecimento de limites às propostas dos licitantes não se coaduna com a natureza da licitação de menor preço, pois impede que a Administração venha a se beneficiar da proposta mais vantajosa, que uma eventual licitante esteja em condições de oferecer. 29. Ademais, o estabelecimento "a priori", no ato convocatório, do limite mínimo para as taxas de administração, poderia configurar o retorno da licitação do tipo 'preço-base', expurgada do atual Estatuto das Licitações e Contratos. 30. Essas restrições ao estabelecimento prévio do limite das taxas de administração já tinham sido constatadas pela própria Comissão de Licitação, encarregada de processar e julgar a Concorrência nº 017-94-CLP/MZ, razão porque, em correspondência datada de 12/05/95, enviada ao DEPAC (fls. 273/278, do vol. III), foi sugerido revogar a licitação ou anulá-la, por ilegalidade. 31. Desse modo, entende-se cabível que, com fundamento no art. 45 da Lei nº 8.443/92, seja fixado o prazo de 15 (quinze) dias para que a Caixa Econômica Federal adote providências com vistas ao exato cumprimento da Lei nº 8.666/93, em função do estabelecimento, no item 8.2.3 do edital da Concorrência nº 017-94-CPL/MZ, de limite mínimo para a taxa de administração, contrariando os arts. 3º, 22, § 8º; e 40, inciso X, todos da Lei nº 8.666/93, além da alteração do edital da Concorrência nº 017-94-CPL/MZ, sem que tivesse sido reaberto o prazo inicialmente estabelecido, conforme prevê o art. 21, § 4º, da Lei nº 8.666/93, conforme alvitrado pela instrução técnica. 32. Ante o exposto, o Ministério Público perfilha, em substância, as propostas uniformes da zelosa 8ª SECEX, à fl. 61, com os comentários que ora aduzimos." É o Relatório.

Voto do Ministro Relator:

Preliminarmente, ressalto que cabe razão à Sra. Diretora quando afirma que a rigor não poderia ser aceito o expediente encaminhado pela empresa TRANSAMÉRICA SERVIÇOS E COMÉRCIO LTDA como consulta nos termos do art. 216 do Regimento Interno desta Corte, porém, como se trata de relato de possíveis irregularidades em concorrência pública, nada obsta que a referida peça seja recebida como Representação nos termos do art. 113 da Lei nº 8.666/93. 2. Superada essa preliminar, passo a aduzir os comentários que entendo pertinentes relativamente ao mérito da questão suscitada nos presentes autos. 3. Como visto, o cerne da matéria constante da presente representação diz respeito à possibilidade de se admitir ou não a oferta de taxas zero ou negativas em concorrências públicas para a contratação de serviços de fornecimento de vales alimentação ou refeição, em face da proibição contida no parágrafo 3º do art. 44 da Lei de Licitações, referente à inadmissibilidade de se admitir "proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração." 4. Alicerçada em parecer exarado pelo ilustre administrativista Toshio Mukai, a empresa interessada defende que a taxa de administração cobrada é a única remuneração das empresas do ramo, e que as eventuais possibilidades de aplicações financeiras dos valores percebidos antecipadamente não podem ser tidas como determinantes do preço do produto, uma vez que isso diz respeito à assunto de economia interna da empresa, não podendo ser

considerado no edital de licitação. 5. Conclui afirmando que como o § 3º do art. 44 da Lei nº 8.666/93 proíbe preços irrisórios, e a Constituição Federal torna obrigatório o pagamento em licitações públicas, não pode só o ramo de vales-refeição ser exceção à regra, sob risco de se distinguir aonde a lei não o faz, o que não seria jurídico. 6. Ocorre, porém, que no laborioso trabalho realizado pelo Sr. Analista Wagner César Vieira esse destaca com acuidade, o quão temeroso seria utilizar-se como único critério para se determinar a exequibilidade da taxa de administração os aspectos de sua positividade ou negatividade, visto que poderíamos estar incorrendo em "enganosa interpretação" do citado dispositivo legal. 7. Isso porque, conforme foi apurado na inspeção em apreço, a remuneração das empresas desse ramo não se restringe à taxa de administração cobrada ou aos rendimentos eventualmente obtidos no mercado financeiro. Fica assente neste trabalho que a remuneração dessas empresas advém também das taxas de serviços cobradas dos estabelecimentos conveniados (as quais variam de 1 a 8%), das sobras de caixa que são aplicadas no mercado financeiro e das diferenças em número de dias existentes entre as operações que realiza como emissão de tíquetes, utilização desse pelo usuário, pagamento dos tíquetes pelo cliente, reembolso à rede de credenciados (varia de 7 a 16 dias). 8. Não menos esclarecedora é a colocação do Douto Ministério Público ao afirmar que não devemos nos ater apenas ao aspecto formal da norma, mas, sim, perseguir seu objetivo que é garantir que a proposta apresentada seja exequível, ou seja, permita a realização da obra e/ou serviço de boa qualidade, sem interrupções, ou mesmo, prevenir a administração da apresentação de constantes pleitos de aumentos de preços, o que, sem dúvida alguma, pode ser considerado como forma de burlar a concorrência pública. 9. Na realidade, não existiu por parte da Administração Pública a exigência de se ofertar taxas negativas. Essas taxas são ditadas pelo próprio mercado, haja vista que de 13 (treze) empresas consultadas, 10 (dez) apresentaram propostas com taxas negativas. Da mesma forma, após tal realidade fática, não vejo como afirmar que essas taxas sejam incompatíveis com as praticadas pelo mercado, vendo descaracterizada, assim, a inexequibilidade dos preços, pois as empresas, numa sociedade capitalista como a que vivenciamos hoje, não conceberiam trabalhar com prejuízo. 10. Assiste, assim, razão à Unidade técnica quando essa afirma que o que deve prevalecer é a prova inequívoca de que o ofertante será capaz de, uma vez a ele adjudicado o objeto da licitação, executá-lo à vista de seus custos e receitas auferidas. Afinal, não se pode admitir que uma vez compatível a taxa ofertada, não possa a Administração Pública realizar bons negócios. A Lei de Licitações busca conciliar a proposta mais vantajosa para a administração com os princípios da igualdade, moralidade, legalidade e legitimidade. 11. Necessário se faz aplicar a norma ao caso concreto, e neste caso não se pode desprezar a realidade do ramo de negócio envolvido, muito menos a sua evolução, sob o risco de sermos atropelados pela realidade social e econômica em constante mutação. 12. O verdadeiro sentido da norma em discussão foi muito bem interpretado pela Douta Procuradoria, que mais uma vez, em conjunto com nossa Unidade Técnica, brindou-nos com seu lúcido e minucioso parecer, com vistas ao esclarecimento da questão em causa. 13. Relativamente ao mérito dos procedimentos perpetrados pela CEF na Concorrência nº 017/94/CPL/MZ, corroboramos o entendimento esboçado pelo Ministério Público acerca da caracterização da infringência aos arts. 3º, 22, § 8º; e 40 da Lei nº 8.666/93, em função do estabelecimento, no item 8.2.3 do Edital, de limite mínimo para a taxa de administração, além da alteração do edital sem que tivesse sido reaberto o prazo inicialmente estabelecido, conforme prevê o art. 21, § 4º, da Lei nº 8.666/93, nos termos sugeridos pela Unidade Técnica. Impõe-se à espécie a fixação de prazo para que a CEF adote providências com vistas ao exato cumprimento da Lei, conforme dispõe o art. 45 da Lei nº 8.443/92. 14. De todo o exposto, sobressai a dificuldade encontrada pelo ente público em dar cumprimento aos seus certames licitatórios, causada tanto por procedimentos

equivocados de parte da Comissão de Licitação, em face das minúcias da recente legislação, como pela própria evolução da sociedade brasileira, que faz com que cada vez mais se vejam questionados os procedimentos exercitados pelo Estado. Tal circunstância está a exigir um aperfeiçoamento cada vez maior dos órgãos públicos na formulação e execução dos seus atos administrativos, com vistas a minimizar as causas que levem à demora ou anulação dos procedimentos licitatórios em andamento, evitando-se ao máximo as contratações diretas, visto serem essas exceção à regra e não rotina administrativa como se tem observado no âmbito da Caixa Econômica Federal. 15. Urge que a alta administração da entidade adote as providências cabíveis, como por exemplo ministrar treinamentos e tornar obrigatório o acompanhamento jurídico permanente antes, durante e depois do curso dos certames licitatórios perpetrados por essa, principalmente em face dos valores envolvidos nos contratos. Não se pode conceber é a entidade esquivar-se simplesmente de cumprir a Lei por desídia ou incapacidade em dar andamento aos procedimentos licitatórios nela estabelecidos. 16. Ainda sobre o assunto, cabe registrar que recentemente deu entrada nesta Corte Denúncia de autoria do Sr. Deputado Luiz Gushiken, na qual, entre outros fatos, foram questionados os contratos da CEF com a Golden Ticket e Vale Refeição, ocasião em que foi informado que já se encontrava em curso processo relativo ao assunto, e que tão logo fosse a matéria apreciada por esta Corte ser-lhe-ia encaminhado seu resultado (Decisão nº 585/95-TCU-Plenário, TC 015.816/95-8, Sessão de 22.11.95, Ata nº 38/95). Assim sendo, proponho que sejam encaminhadas cópias do Relatório, Voto e Decisão ora adotados à autoridade interessada. 17. Finalmente, trago à colação, por oportuno, que foi publicado no Diário Oficial da União, edição de 28.12.95, Aviso de Anulação da Concorrência nº 17/94-CPL/MZ, de que tratam os presentes autos, "à vista do parecer da área jurídica da Empresa, concluindo que o instrumento convocatório contempla dispositivo que constitui-se flagrante infringência do art. 40, inc. X, do Estatuto das Licitações...". Isso posto, acompanho os pareceres exarados nos autos, e VOTO no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto a sua elevada consideração.

Órgão de Deliberação: Plenário

Data da Sessão: 07/02/1996

Publicação no DOU: Em 04/03/1996, à página 3542

Indexação: Representação; CEF; Licitação; Auxílio Alimentação; Taxa de Administração; Cotação de Preços; Preço Mínimo; Contrato; Empresa Privada; Preço de Mercado;

Atualização do Documento: Incluído em 28/02/1996, atualizado em 28/03/1996 por EDISON