



Acórdão 00553/2023-6 - 2ª Câmara

Processo: 05618/2022-3

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: PMDM - Prefeitura Municipal de Domingos Martins

Relator: Domingos Augusto Taufner

Interessado: WANZETE KRUGER, THAMIRIS MAYER LAMPIER SANT ANNA

Representante: UP BRASIL ADMINISTRACAO E SERVICOS LTDA.

Procuradores: RAFAEL PARODI FERRARESSO (OAB: 434463-SP), ANDREIA LOVIZARO (OAB: 189751-SP), PEDRO HENRIQUE FERREIRA RAMOS MARQUES (OAB: 261130-SP), PEDRO HOEHR, ROGERO MONTEIRO MEVES, PATRICIA BEATRIZ LANARI DRUMOND AMORIM, THIAGO AMARAL DA SILVA (OAB: 19502-ES), KHELVIO MARTINS DE PAULA, DANIELA DE MELO MARTINS, DELAMARE DE OLIVEIRA BONFIM (OAB: 52393-PR), SULE CAROLINA HENRIQUES MESSIAS LEITE FERREIRA DE SOUZA, APARECIDA NUNES DA SILVA, TAIS PEREIRA DE ALMEIDA LANGE, MELIZA CRISTINA DA SILVA MACEDO, IGOR LUCIO GOULART FERREIRA, RODRIGO CAIADO PARONETTO, MARCELO SIQUEIRA BENEVIDES, ANDRESA ROCHA CROSARA DOMINGOS (OAB: 125198-MG)

– POSSIBILIDADE DE VEDAÇÃO DE TAXA NEGATIVA NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, POR FORÇA DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA TEORIA GERAL DO CONTRATO – FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE AUXÍLIO – ALIMENTAÇÃO – CONHECER – PROCEDÊNCIA PARCIAL – DETERMINAÇÃO – ARQUIVAR.

As vedações inseridas na Medida Provisória 1.108/2022, reafirmadas pela Lei nº 14.442/2022, dentre elas a proibição do empregador exigir ou receber deságio ou desconto sobre o valor contratado a título de auxílio-alimentação, foram direcionadas às pessoas jurídicas empregadoras que são beneficiárias da possibilidade de deduzir do imposto sobre a renda calculado sobre o lucro tributável, o dobro das despesas realizadas com a alimentação de seus empregados, conforme se denota do art. 5º da lei em referência.

Todavia, a regra celetista insculpida na legislação em referência, cuja aplicabilidade fora vinculada à importante incentivo fiscal às empresas aquiescentes, com previsão de penalidade de multa às insurgentes, deve ser observada tanto na esfera pública – ainda que não seja por força da referida lei - quanto na privada, em deferência à dispositivos principiológicos garantidos na Constituição Federal e à valores coletivos (interesse público) priorizados pela Administração Pública, a fim de assegurar a eficácia jurídica dos contratos.

É importante ressaltar que em relação aos contratos administrativos vigentes, que aderiram ao modelo econômico de aplicação de taxa em deságio, deverá ser vedada a sua prorrogação, a fim que se enquadre no formato de contratação, cuja taxa de administração não seja negativa, de acordo com os fundamentos expostos. Permite-se, contudo, uma única prorrogação, caso, além de haver previsão no contrato, esse expirar em até 180 (cento e oitenta) dias da publicação do presente parecer consulta.

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER:

1 RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de Representação com pedido de medida cautelar, apresentada pela empresa UP Brasil Administração e Serviços Ltda., em face da Prefeitura Municipal de Domingos Martins, noticiando possíveis irregularidades referentes ao Edital de Pregão Presencial nº 60/2022, cujo objeto consiste na contratação de empresa especializada na prestação de serviços de fornecimento e gerenciamento de auxílio alimentação aos servidores da Prefeitura.

A representante alega, em síntese, que a licitação em referência está pautada em condições contrárias à Medida Provisória nº 1.108/22, que passou a disciplinar o fornecimento de auxílio-alimentação (objeto do processo licitatório) como benefício

destinado aos trabalhadores. Em especial, aponta a violação às vedações contidas no art. 3º, incisos I e II, da referida MP.

Através da Decisão Monocrática nº 763/2022 foi feita a admissibilidade da representação e notificação dos responsáveis.

Devidamente notificados, os gestores encaminharam, tempestivamente, justificativas (Resposta de Comunicação 01028/2022-8 e Resposta de Comunicação 01029/2022-2 – Eventos 11 e 13), com documentação em anexo (Defesa/Justificativa 00927/2022-6 e Defesa/Justificativa 00928/2022-1 – Eventos 12 e 14), conforme consta no Despacho nº 28437/2022-2 da SGS (Evento 16).

Após, o Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações – NOF elaborou a Manifestação Técnica de Cautelar 00119/2022-1 opinando pelo indeferimento da medida cautelar.

Com isso, temos a Decisão Monocrática nº 00816/2022-5 decidindo pelo indeferimento da medida cautelar e oitiva das partes.

Ato contínuo, a Segunda Câmara desta Corte de Contas ratificou integralmente a referida Decisão Monocrática, por meio da DECISÃO TC-2511/2022-8.

Os gestores, devidamente notificados, encaminharam resposta (Resposta de Comunicação 01340/2022-7 e Resposta de Comunicação 01341/2022-1 – Eventos 29 e 30).

O Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações – NOF elaborou a Instrução Técnica Conclusiva nº 3879/2022 opinando pela improcedência da representação.

O Ministério Público de Contas através do Procurador Luciano Vieira elaborou o Parecer nº 2099/2023, encampando o entendimento técnico.

FUNDAMENTAÇÃO

Verifico que estão presentes os requisitos/pressupostos de admissibilidade da presente representação, insertos nos arts. 181 e 182 do Regimento Interno desta Corte de Contas, *in verbis*:

Art. 181. Serão recebidos pelo Tribunal como representação os documentos encaminhados por agentes públicos comunicando a ocorrência de ilegalidades ou irregularidades de que tenham conhecimento em virtude do exercício do cargo, emprego ou função, bem como os expedientes de outras origens que devam revestir-se dessa forma, por força de lei específica.

Art. 182. São legitimados para representar ao Tribunal:

- I - Chefes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário;
- II - Magistrados e membros do Ministério Público;
- III - responsáveis pelos órgãos de controle interno, em cumprimento ao art. 76, § 1º da Constituição Estadual;
- IV - Senadores da República, Deputados Federais, Estaduais e Vereadores;
- V - os Tribunais de Contas dos entes da Federação;
- VI - membros do Ministério Público junto ao Tribunal;
- VII - unidades técnicas deste Tribunal;
- VIII - as equipes no exercício do controle externo, nos termos do art. 37, inciso II, da Lei Orgânica do Tribunal;
- IX - servidores públicos e outras autoridades que tenham conhecimento de irregularidades em virtude do exercício do cargo ou de função que ocupem;
- X - outros órgãos, entidades ou pessoas que detenham essa prerrogativa por força de suas atribuições legais.

Parágrafo único. Aplicam-se às representações, no que couber, as normas relativas à denúncia.

Diante da presença dos requisitos e pressupostos de admissibilidade, decido pelo conhecimento da presente representação, e passo à análise do mérito das questões trazidas à esta Corte de Contas.

A representante insurge-se contra as Cláusulas 9.2, letra “d”, e 15.1 do Edital de Pregão Presencial nº 60/2022, a seguir transcritas:

9.2 – A Proposta de Preços deverá ser formulada em uma via, digitada, contendo a identificação da empresa licitante (no mínimo: nome e CNPJ), datada, assinada e carimbada por seu representante legal, sem ressalvas, emendas, rasuras, acréscimos ou entrelinhas, devendo conter às seguintes informações:

[...]

d) Será aceita proposta de preço com Taxa de Administração Negativa.

15.1. Os pagamentos serão efetuados no prazo de até 30 (trinta) dias, contados da data da apresentação das faturas mensais, em moeda corrente nacional, mediante depósito em conta corrente, a ser indicada pela Contratada.” (grifos nossos)

Inicialmente, é importante destacar que anteriormente à publicação da Medida Provisória nº 1.108/2022, este Tribunal de Contas se manifestou, em alguns julgados, pela possibilidade de adoção de taxa de administração negativa nas licitações, apreendendo que as portarias regulamentadoras do PAT (Programa de Alimentação do Trabalhador), que vedavam o deságio nas contratações de empresas fornecedoras de auxílio-alimentação não se aplicavam à Administração Pública (Acórdão TC 638/2019 – Primeira Câmara).

Ocorre que, recentemente esta Corte de Contas, através do Parecer Consulta nº 00009/2023 decidiu em sentido oposto:

PARECER EM CONSULTA TC-0009/2023-1

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **RESOLVEM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas:

1.1. CONHECER a presente consulta, visto que presentes os requisitos de admissibilidade;

1.2. NO MÉRITO, RESPONDÊ-LA nos seguintes termos:

1.2.1 Há entendimento sedimentado na Corte de Contas quanto a aplicação da Medida Provisória nº 1.108/2022 no âmbito dos contratos administrativos em vigor e aos que serão celebrados após a sua vigência?

Resposta: Não. As vedações inseridas na Medida Provisória 1.108/2022, reafirmadas pela Lei nº 14.442/2022, dentre elas a proibição do empregador exigir ou receber deságio ou desconto sobre o valor contratado a título de auxílio-alimentação, foram direcionadas às pessoas jurídicas empregadoras que são beneficiárias da possibilidade de deduzir do imposto sobre a renda calculado sobre o lucro tributável, o dobro das despesas realizadas com a alimentação de seus empregados, conforme se denota do art. 5º¹ da lei em referência.

Todavia, a regra celetista insculpida na legislação em referência², cuja aplicabilidade fora vinculada à importante incentivo fiscal às empresas aquiescentes, com previsão de penalidade de multa às insurgentes, deve ser observada tanto

¹ Art. 5º A [Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976](#), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º As pessoas jurídicas poderão deduzir do lucro tributável, para fins de apuração do imposto sobre a renda, o dobro das despesas comprovadamente realizadas no período-base em programas de alimentação do trabalhador previamente aprovados pelo Ministério do Trabalho e Previdência, na forma e de acordo com os limites dispostos no decreto que regulamenta esta Lei.

[...]

§ 4º As pessoas jurídicas beneficiárias não poderão exigir ou receber:

I - qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado;

² Lei nº 14.442/2022;

na esfera pública³ – ainda que não seja por força da referida lei - quanto na privada, **em deferência à dispositivos principiológicos garantidos na Constituição Federal e à valores coletivos (interesse público) priorizados pela Administração Pública, a fim de assegurar a eficácia jurídica dos contratos.**

É importante ressaltar que em relação aos contratos administrativos vigentes, que aderiram ao modelo econômico de aplicação de taxa em deságio, deverá ser vedada a sua prorrogação, **a fim que se enquadre no formato de contratação, cuja taxa de administração não seja negativa**, de acordo com os fundamentos expostos. Permite-se, contudo, uma única prorrogação, caso, além de haver previsão no contrato, esse expirar em até 180 (cento e oitenta) dias da publicação do presente parecer consulta.

1.2.2 Em caso afirmativo a pergunta anterior, ainda é possível a realização de licitação para o contrato de fornecimento de auxílio-alimentação por meio de cartão magnético? Qual o critério que deve ser utilizado pelo gestor público para escolher a melhor proposta?

Resposta: Sim. Não há qualquer impedimento à viabilidade da prestação de serviços de fornecimento de auxílio-alimentação por meio de cartões magnéticos ou eletrônicos.

Quanto ao critério a ser utilizado pelo gestor público, por composição lógica jurídica, o modelo de credenciamento, previsto no art. 79 da Lei 14.133/2021⁴, é o mais indicado para

³ Que já é beneficiária de imunidade tributária quanto à impostos de renda – Art. 150, VI, “a” da CRFB;

⁴ Art. 79. O credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação:

I - paralela e não excludente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas;

II - com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação;

III - em mercados fluidos: caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processo de licitação.

as contratações de empresas especializadas no fornecimento de cartões magnéticos ou eletrônicos visando a prestação de serviços de auxílio-alimentação aos servidores ativos da administração pública, na medida em que não é possível o critério de julgamento pelo menor preço nos procedimentos administrativos, cujo modelo contratual não permita a utilização de taxa de administração negativa, por completa inviabilidade técnica;

1.3. DAR CIÊNCIA ao **consulente**, na forma regimental;

1.4. DAR CIÊNCIA ao douto Ministério Público de Contas, na forma regimental;

1.5. ARQUIVAR os autos, após certificado o trânsito em julgado.

2. Por maioria, nos termos do voto vista do conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha, anuído pelo relator. Parcialmente vencidos os conselheiros Domingos Augusto Taufner, que manteve o seu voto, Sebastião Carlos Ranna de Macedo e Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, que o acompanharam.

3. Data da Sessão: 25/04/2023 - 17ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

Parágrafo único. Os procedimentos de credenciamento serão definidos em regulamento, observadas as seguintes regras:

I - a Administração deverá divulgar e manter à disposição do público, em sítio eletrônico oficial, edital de chamamento de interessados, de modo a permitir o cadastramento permanente de novos interessados;

II - na hipótese do inciso I do **caput** deste artigo, quando o objeto não permitir a contratação imediata e simultânea de todos os credenciados, deverão ser adotados critérios objetivos de distribuição da demanda;

III - o edital de chamamento de interessados deverá prever as condições padronizadas de contratação e, nas hipóteses dos incisos I e II do **caput** deste artigo, deverá definir o valor da contratação;

IV - na hipótese do inciso III do **caput** deste artigo, a Administração deverá registrar as cotações de mercado vigentes no momento da contratação;

V - não será permitido o cometimento a terceiros do objeto contratado sem autorização expressa da Administração;

VI - será admitida a denúncia por qualquer das partes nos prazos fixados no edital.

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Rodrigo Coelho do Carmo (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner, Sérgio Manoel Nader Borges e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

Passarei a análise das irregularidades apresentadas pelo representante:

1. Cláusula 9.2, letra “d” do edital dispõe o que segue:

9.2 – A Proposta de Preços deverá ser formulada em uma via, digitada, contendo a identificação da empresa licitante (no mínimo: nome e CNPJ), datada, assinada e carimbada por seu representante legal, sem ressalvas, emendas, rasuras, acréscimos ou entrelinhas, devendo conter às seguintes informações:

[...]

d) Será aceita proposta de preço com Taxa de Administração Negativa.

A Medida Provisória nº 1.108/2022, publicada em 28 de março de 2022, foi convertida na Lei 14.442/2022, publicada no dia 05 de setembro de 2022, recebendo caráter de definitividade. Este diploma legislativo teve por objetivo estabelecer alterações na Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976, que diz respeito à concessão de benefícios tributários a pessoas jurídicas inscritas no Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT), em especial estipulando algumas vedações ao empregador, dentre as quais destaca-se a proibição de exigir ou receber dos fornecedores de auxílio-alimentação “qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado”, nos termos dos artigos 2º e 3º da Lei de Conversão 14.442/2022.

O Programa de Alimentação do Trabalhador, instituído pela Lei 6.321/1976 e atualmente regulamentado pelo Decreto 10.854, de 10 de novembro de 2021, consiste em um programa governamental de adesão voluntária do Ministério do Trabalho e Previdência, com objetivo de estimular o empregador a fornecer

alimentação nutricionalmente adequada aos seus trabalhadores, por meio de concessão de incentivos fiscais.

O principal benefício fiscal concedido às pessoas jurídicas, que aderirem ao Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT), consiste na possibilidade de deduzir, do lucro tributável para fins do imposto sobre a renda, o dobro das despesas comprovadamente realizadas, no período base, em programas de alimentação do trabalhador.

A pessoa jurídica inscrita no PAT, na qualidade de empregador, é destinatária de um benefício tributário, previsto na Lei Federal 6.321/1976, consistente na possibilidade de dedução do dobro das despesas efetuadas com o programa de alimentação do trabalhador da base de cálculo do imposto de renda calculado sobre o lucro real. Por outro lado, como veremos na sequência, as vedações de algumas práticas constituem requisitos negativos (que não podem estar presentes) para a obtenção do benefício tributário.

Importante destacar que as vedações inseridas na Lei 6.321/1976 pela Lei 14.442/2022, que resultou da conversão da Medida Provisória nº 1.108/2022, dentre as quais destaca-se a proibição de o empregador exigir ou receber deságio ou desconto sobre o valor contratado a título de auxílio-alimentação, incidem somente com relação às pessoas jurídicas que sejam beneficiárias da isenção tributária instituída no referido diploma legal.

Por outro lado, a sanção pelo descumprimento de alguma vedação acarreta justamente a exclusão do benefício tributário, qual seja, a possibilidade de deduzir o dobro das despesas realizadas com a alimentação de seus trabalhadores da base de cálculo (lucro) do imposto de renda, calculado sobre o lucro real.

A vedação inserida pela Lei 14.442/2022 no § 4º do art. 1º da Lei 6.321/1976, relativa à proibição de os empregadores receberem qualquer tipo de deságio ou de descontos, por parte dos fornecedores de auxílio-alimentação, sobre o valor contratado, faz referência expressa à pessoa jurídica beneficiária da dedução tratada no *caput* do mesmo dispositivo legal, e conforme opimento emitido pela

equipe técnica desta Corte, corroborado pelo Ministério Público de Contas, a administração pública não é beneficiária dessa dedução tributária, e portanto, essa proibição de conceder desconto às administradoras de cartões alimentação não as alcançaria.

Todavia, embora tenhamos várias manifestações de outros Tribunais de Contas, do Tribunal de Contas da União e desta Corte, possibilitando a oferta de taxa de administração negativa para este tipo de serviço, uma vez que se alcança proposta muito mais vantajosa, este Tribunal, recentemente, por meio do Parecer Consulta 0009/2023-1 decidiu que:

1.2.1 Há entendimento sedimentado na Corte de Contas quanto a aplicação da Medida Provisória nº 1.108/2022 no âmbito dos contratos administrativos em vigor e aos que serão celebrados após a sua vigência?

Resposta: Não. As vedações inseridas na Medida Provisória 1.108/2022, reafirmadas pela Lei nº 14.442/2022, dentre elas a proibição do empregador exigir ou receber deságio ou desconto sobre o valor contratado a título de auxílio-alimentação, foram direcionadas às pessoas jurídicas empregadoras que são beneficiárias da possibilidade de deduzir do imposto sobre a renda calculado sobre o lucro tributável, o dobro das despesas realizadas com a alimentação de seus empregados, conforme se denota do art. 5^o da lei em referência.

⁵ Art. 5º A [Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976](#), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“[Art. 1º](#) As pessoas jurídicas poderão deduzir do lucro tributável, para fins de apuração do imposto sobre a renda, o dobro das despesas comprovadamente realizadas no período-base em programas de alimentação do trabalhador previamente aprovados pelo Ministério do Trabalho e Previdência, na forma e de acordo com os limites dispostos no decreto que regulamenta esta Lei.

[...]

§ 4º As pessoas jurídicas beneficiárias não poderão exigir ou receber:

I - qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado;

Todavia, a regra celetista insculpida na legislação em referência⁶, cuja aplicabilidade fora vinculada à importante incentivo fiscal às empresas aquiescentes, com previsão de penalidade de multa às insurgentes, deve ser observada tanto na esfera pública⁷ – ainda que não seja por força da referida lei - quanto na privada, **em deferência à dispositivos principiológicos garantidos na Constituição Federal e à valores coletivos (interesse público) priorizados pela Administração Pública, a fim de assegurar a eficácia jurídica dos contratos.**

É importante ressaltar que em relação aos contratos administrativos vigentes, que aderiram ao modelo econômico de aplicação de taxa em deságio, deverá ser vedada a sua prorrogação, **a fim que se enquadre no formato de contratação, cuja taxa de administração não seja negativa**, de acordo com os fundamentos expostos. Permite-se, contudo, uma única prorrogação, caso, além de haver previsão no contrato, esse expirar em até 180 (cento e oitenta) dias da publicação do presente parecer consulta.

1.2.2 Em caso afirmativo a pergunta anterior, ainda é possível a realização de licitação para o contrato de fornecimento de auxílio-alimentação por meio de cartão magnético? Qual o critério que deve ser utilizado pelo gestor público para escolher a melhor proposta?

Resposta: Sim. Não há qualquer impedimento à viabilidade da prestação de serviços de fornecimento de auxílio-alimentação por meio de cartões magnéticos ou eletrônicos.

Quanto ao critério a ser utilizado pelo gestor público, por composição lógica jurídica, o modelo de credenciamento, previsto no art. 79 da Lei 14.133/2021⁸, é o mais indicado para

⁶ Lei nº 14.442/2022;

⁷ Que já é beneficiária de imunidade tributária quanto à impostos de renda – Art. 150, VI, “a” da CRFB;

⁸ Art. 79. O credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação:

as contratações de empresas especializadas no fornecimento de cartões magnéticos ou eletrônicos visando a prestação de serviços de auxílio-alimentação aos servidores ativos da administração pública, na medida em que não é possível o critério de julgamento pelo menor preço nos procedimentos administrativos, cujo modelo contratual não permita a utilização de taxa de administração negativa, por completa inviabilidade técnica;

Neste contexto, ainda que a Lei nº 14.442/2022, a qual proíbe a oferta de taxa negativa, refira-se a pagamentos de auxílio-alimentação no âmbito da Consolidação da Lei do Trabalho – CLT, é plenamente cognoscível que tal regra tenha aplicabilidade aos contratos regidos pelo direito público, ainda que os entes contratantes não estejam inscritos no Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT e os destinatários não estejam sob a regência da CLT.

I - paralela e não excludente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas;

II - com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação;

III - em mercados fluidos: caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processo de licitação.

Parágrafo único. Os procedimentos de credenciamento serão definidos em regulamento, observadas as seguintes regras:

I - a Administração deverá divulgar e manter à disposição do público, em sítio eletrônico oficial, edital de chamamento de interessados, de modo a permitir o cadastramento permanente de novos interessados;

II - na hipótese do inciso I do **caput** deste artigo, quando o objeto não permitir a contratação imediata e simultânea de todos os credenciados, deverão ser adotados critérios objetivos de distribuição da demanda;

III - o edital de chamamento de interessados deverá prever as condições padronizadas de contratação e, nas hipóteses dos incisos I e II do **caput** deste artigo, deverá definir o valor da contratação;

IV - na hipótese do inciso III do **caput** deste artigo, a Administração deverá registrar as cotações de mercado vigentes no momento da contratação;

V - não será permitido o cometimento a terceiros do objeto contratado sem autorização expressa da Administração;

VI - será admitida a denúncia por qualquer das partes nos prazos fixados no edital.

Nesta linha de raciocínio, ainda que a Administração alcance aparente vantagem na prática de mercado que utiliza de taxas negativas para que as empresas licitantes se tornem mais competitivas nos processos licitatórios, por outro prisma, há que se considerar a condição de vulnerabilidade de terceiros, alheios à pactuação – consumidores e estabelecimentos comerciais; estes absorvem os custos da benesse ofertada pela contratada e por sua vez tendem a repassá-los, o que impacta nos preços dos produtos, e, via de consequência no poder de compra do servidor/consumidor.

Desse modo, a regra celetista insculpida na legislação em referência⁹, cuja aplicabilidade fora vinculada à importante incentivo fiscal às empresas aquiescentes, com previsão de penalidade de multa às insurgentes, deve ser observada tanto na esfera pública¹⁰ – ainda que não seja por força da referida lei - quanto na privada, em deferência à dispositivos principiológicos garantidos na Constituição Federal e à valores coletivos (interesse público) priorizados pela Administração Pública, a fim de assegurar a eficácia jurídica dos contratos.

Por fim, com relação aos contratos administrativos vigentes, que aderiu ao modelo econômico de aplicação de taxa negativa de administração, destaco que deverá ser vedada a sua prorrogação, a fim que se enquadre no formato de contratação, cuja taxa de administração não seja negativa, de acordo com os fundamentos do Parecer Consulta nº 00009/2023. Permite-se, contudo, uma única prorrogação, caso, além de haver previsão contratual, esse expirar em até 180 (cento e oitenta) dias da publicação do referido parecer consulta.

Ante o exposto até aqui, **divirjo** do entendimento técnico e ministerial, e considero **procedente** este item da representação.

2. Cláusula 15.1 do Edital

⁹ Lei nº 14.442/2022;

¹⁰ Que já é beneficiária de imunidade tributária quanto à impostos de renda – Art. 150, VI, “a” da CRFB;

A empresa representante insurge-se contra a Cláusula 15.1 do Edital de Pregão Presencial nº 60/2022 da Prefeitura Municipal de Domingos Martins, por conter previsão de prazo de repasse ou pagamento que, no seu entender, descaracterizaria a natureza pré-paga do auxílio alimentação, em desacordo com a recente vedação instituída pelo art. 3º, II, da Medida Provisória nº 1.108/2022.

15.1. Os pagamentos serão efetuados no prazo de até 30 (trinta) dias, contados da data da apresentação das faturas mensais, em moeda corrente nacional, mediante depósito em conta corrente, a ser indicada pela Contratada.” (grifos nossos)

A equipe entende que a vedação inserida pela Lei 14.442/2022 no § 4º, inciso II, do art. 1º da Lei 6.321/1976, relativa à proibição de os empregadores estabelecerem “prazos de repasse ou pagamento que descaracterizem a natureza pré-paga” do auxílio alimentação, faz referência expressa à pessoa jurídica beneficiária da dedução tratada no *caput* do mesmo dispositivo legal.

Entendem que a regra celetista insculpida na legislação em referência¹¹, cuja aplicabilidade fora vinculada à importante incentivo fiscal às empresas aquiescentes, com previsão de penalidade de multa às insurgentes, deve ser observada tanto na esfera pública¹² – ainda que não seja por força da referida lei - quanto na privada, em deferência à dispositivos principiológicos garantidos na Constituição Federal e à valores coletivos (interesse público) priorizados pela Administração Pública, a fim de assegurar a eficácia jurídica dos contratos, motivo pelo qual **divergindo** do entendimento técnico e ministerial, e considero **procedente** este item da representação.

Porém, om o recente entendimento contido no Parecer Consulta 00009/2023, a fundamentação utilizada pela equipe técnica não está de acordo com o novo entendimento desta Corte de Contas.

¹¹ Lei nº 14.442/2022;

¹² Que já é beneficiária de imunidade tributária quanto à impostos de renda – Art. 150, VI, “a” da CRFB;

Com isso, irei utilizar outra fundamentação para a referida irregularidade.

Assim dispõe o inciso II do Art. 3º da Lei 14.442/2022:

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:

II - prazos de repasse ou pagamento que descaracterizem a natureza pré-paga dos valores a serem disponibilizados aos empregados; ou

Interpretando o inciso II do Art. 3º da Lei 14.442/2022, resta evidente que a Administração Municipal, ao contratar uma empresa para o fornecimento do auxílio alimentação aos servidores, não poderá descaracterizar a natureza pré-paga do benefício.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, quando julgou o processo nº 010031.989.22-11, em análise prévia de edital com o mesmo objeto entendeu que:

"1.2 Insurgiu-se a Representante, contra os seguintes aspectos do instrumento convocatório:

a) Permissão de oferta de taxa negativa, em afronta ao previsto no inciso I do artigo 39 da Medida Provisória nº 1.108/2022, que dispõe sobre o pagamento de vale-alimentação tratado na Consolidação das Leis de Trabalho; e

b) Previsão de forma "pós-paga" para a quitação dos serviços prestados, em descompasso com o inciso II da citada norma.

(...)

2.2 Inicialmente, afasto a insurgência acerca da remuneração da contratada, pois a regra prevista no edital não configura qualquer forma antecipada de créditos, pois o item impugnado prevê que o pagamento será em "ATÉ" 10 dias e não "APÓS" 10 dias e, por se tratar de recursos públicos, submetido às

regras pertinentes ao Direito Administrativo, há uma sequência a, compulsoriamente, ser observada para remunerar a contratada, qual seja, empenho, liquidação e, só depois, o pagamento.

Assim, a Administração está autorizada a desembolsar o valor devido somente após a emissão da nota fiscal (liquidação), podendo, todavia, organizar-se para que todos os eventos mencionados ocorram de forma célere, até na mesma data: a contratada credita o valor no cartão, emite a nota fiscal e a Administração efetua o pagamento.

Ademais, as condições estabelecidas no edital para o pagamento (em "até 10 (dez) dias úteis, contados a partir do ateste da nota fiscal eletrônica") não destoam do artigo 40, inciso XIV, alínea "a", da Lei nº 8.666/93.

Como visto acima, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo concluiu que, por estar submetida às regras pertinentes ao Direito Administrativo, a Administração Pública deve, compulsoriamente, observar a sequência de empenho, liquidação e pagamento à contratada, sendo o prazo de até 10 dias razoável para tanto.

A Lei 8.666/93 em seu artigo 40, inciso XIV alínea "a" determina:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

XIV - condições de pagamento, prevendo:

a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;

Desta forma, por se tratar de recursos públicos, submetido às regras pertinentes ao Direito Administrativo, há uma sequência a, compulsoriamente, ser observada para remunerar a contratada, qual seja, empenho, liquidação e, só depois, o pagamento, sendo o prazo de até 30 dias razoável para tanto.

Desta forma, acompanhando parcialmente o entendimento da equipe técnica afasto a referida irregularidade.

Todavia, considerando que o Parecer Consulta 00009/2023, que modificou o entendimento desta Corte de Contas acerca do tema é recente, entendo que não deve ser aplicada multa ao gestor responsável, e sim, uma determinação para que nas próximas licitações, se enquadre no formato de contratação, cuja taxa de administração não seja negativa.

Ante todo o exposto, **divergindo** do opinamento da Área Técnica e do Ministério Público de Contas, **VOTO** para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Relator

1. ACÓRDÃO TC- 553/2023-6

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **RESOLVEM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão da Segunda Câmara, ante as razões expostas, em:

1.1 Conhecer a presente Representação, em razão do preenchimento das condições do art. 94 da LC 621/2012;

1.2 Considerar parcialmente procedente a presente representação.

1.3 Determinar ao gestor responsável:

1.3.1 em relação aos contratos administrativos vigentes, que aderiu ao modelo econômico de aplicação de taxa em deságio, deverá ser vedada a sua prorrogação, a fim que se enquadre no formato de contratação, cuja taxa de administração não seja negativa, de acordo com os fundamentos do Parecer Consulta nº 00009/2023. Permite-se, contudo, uma única prorrogação, caso, além de haver previsão contratual, esse expirar em até 180 (cento e oitenta) dias da publicação do referido parecer consulta

1.3.2 nas próximas licitações, se enquadre no formato de contratação, cuja taxa de administração não seja negativa.

1.4 Encaminhar cópia do Parecer Consulta nº 00009/2023 ao responsável.

1.5 Dar ciência aos interessados, em especial ao Representante;

1.6 Após os trâmites regimentais, **arquivar** os autos

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 16/06/2023 - 21ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sérgio Manoel Nader Borges (presidente) Domingos Augusto Taufner (relator) e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Presidente

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Relator

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUCIANO VIEIRA

Em substituição ao procurador-geral

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

Subsecretária das Sessões