



Acórdão 00311/2024-5 - Plenário

Processo: 03449/2022-1

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: ALES - Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo

Relator: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun

Interessado: ERICK CABRAL MUSSO, RENATO DENADAI CASSARO

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), VANESSA FERNANDES PEREIRA (OAB: 236994-SP)

CONTROLE EXTERNO. FISCALIZAÇÃO. REPRESENTAÇÃO. ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (ALES). CONHECIMENTO. A LEI 14.442/2022 NÃO É APLICÁVEL AOS ÓRGÃOS E ENTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA, AUTÁRQUICA E FUNDACIONAL. VEDAÇÃO À APLICAÇÃO DE DESÁGIO OU DESCONTOS SOBRE O VALOR CONTRATADO SOMENTE OCORRERÁ QUANDO A PESSOA JURÍDICA, CONTRATANTE DO SERVIÇO DE AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO, FOR BENEFICIÁRIA DA DEDUÇÃO INCIDENTE SOBRE O IMPOSTO DE RENDA. NÃO HÁ IMPEDIMENTO À CONTRATAÇÃO DE EMPRESAS FORNECEDORAS E GERENCIADORES DE AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO COM APLICAÇÃO DE TAXAS NEGATIVAS. IMPROCEDÊNCIA. NÃO CNSTATADA ILEGALIDADE OU IRREGULARIDADE. APLICAÇÃO DO PARECER EM CONSULTA 00002/2024-8 - PLENÁRIO. ARQUIVAR

1. Constatada a ausência de irregularidades, a denúncia deve ser julgada improcedente, nos termos do art. 95, I, da LC 621, de 08 de março de 2012 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo).

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN:

I RELATÓRIO

Os presentes autos tratam de uma representação, acompanhada de requerimento cautelar, apresentada pela empresa UP BRASIL ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA em face da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo (ALES), alegando possíveis irregularidades relacionadas ao Edital de Pregão Eletrônico nº 016/2022, que tem por objeto a contratação de uma empresa especializada na administração e fornecimento de auxílio alimentação e refeição, através de cartão magnético com chip de segurança e com senha individual.

O representante argumenta que os itens 2.16 e 6.1 da Minuta do Contrato, parte integrante do edital, estão em desacordo com as disposições da Medida Provisória 1.108/2022. Alega que a MP proíbe a prática de taxa negativa na contratação de auxílio-alimentação, conforme o art. 3º, inciso I, e defende que o pagamento deve ser antecipado à empresa contratada, em conformidade com o inciso II do mesmo artigo, o que estaria em conflito com o item 6.1 da Minuta do Contrato.

O processo foi autuado com o recebimento da Petição Inicial e de suas peças complementares (peça 01/04). O então Conselheiro relator, Domingos Augusto Taufner, decidiu por conhecer a representação, tendo em vista a presença dos requisitos de admissibilidade, notificando os responsáveis para apresentarem suas justificativas, conforme a Decisão Monocrática 00475/2022-1 (peça 06). Após o recebimento das manifestações e dos documentos complementares (peça 14/21), o Conselheiro Relator determinou a remessa do processo ao Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações (NOF) para análise e manifestação sobre a medida cautelar pleiteada.

A área técnica manifestou-se pelo indeferimento da medida cautelar e pela determinação de que os autos sigam o rito ordinário, devido à ausência dos pressupostos estabelecidos no Regimento Interno, na forma da Manifestação Técnica de Cautelar 00091/2022-1 (peça 24). O Conselheiro Relator proferiu voto (peça 26) acompanhando a área técnica, pelo indeferimento da medida cautelar e pela determinação do rito ordinário, decisão essa acolhida pelo Plenário, conforme estabelecido na DECISÃO 1871/2022-6 (peça 27).

Recebido os autos, a área técnica elaborou a Instrução Técnica Conclusiva 02841/2022-7 (peça 41), expedindo a seguinte proposta de encaminhamento:

[...]

3. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, com a seguinte proposta de encaminhamento:

3.1 – Considerar **improcedente** a Representação, na forma do art. 178, I, do RITCEES, tendo em vista a não constatação de irregularidades;

3.2 – Cientificar o representante da decisão a ser proferida por esta Corte de Contas;

3.3 – Arquivar os autos, na forma do art. 330, inciso I, do RITCEES.

Instado a se manifestar, o Ministério Público de Contas, no Parecer 04126/2022-7 (peça 45), da lavra do Procurador Luis Henrique Anastácio da Silva concordou com a proposta da área técnica.

Após análise técnica e manifestação do Ministério Público de Contas, o relator proferiu voto (peça 47) acompanhando o entendimento da área técnica e do MPC, pelo conhecimento da representação e de sua improcedência. No entanto, o conselheiro Rodrigo Coelho do Carmo apresentou voto vista (peça 48) pelo sobrestamento dos autos até que a Corte de Contas se manifestasse no Processo 03942/2022-1 – Consulta acerca da aplicação da Medida Provisória aos órgãos da Administração Pública.

Posteriormente, foi proferida a Decisão pelo sobrestamento dos autos (DECISÃO 04007/2022-1 - Plenário, peça 49). Assim, considerando o encerramento do

sobrestamento, conforme CERTIDÃO¹ 00574/2024-6 (peça 54) expedida pela Secretaria Geral das Sessões (SGS), os autos vieram conclusos a este gabinete para prolação de voto.

Tendo relatado o necessário, passo agora a fundamentar a decisão.

II FUNDAMENTOS

Inicialmente, atesto que **acolho a proposta de encaminhamento da unidade técnica relatada, conforme descrito na Instrução Técnica Conclusiva 02841/2022-7 (peça 41), acompanhado pelo Ministério Público Especial de Contas no Parecer 041256/2022-7 (peça 45). Entretanto, faço uma ressalva quanto à necessidade de enviar aos interessados uma cópia do Parecer em Consulta 00002/2024-8, recentemente julgado por esta Corte de Contas, que aborda a aplicabilidade da Lei 14.442/2022 aos entes públicos.** Faço constar, portanto, aquela peça técnica como parte integrante da fundamentação de meu voto, independentemente de sua transcrição, nos moldes permitidos pela Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro (LINDB) e por seu decreto regulamentar (art. 2º, §3º).²³

II.1 ADMISSIBILIDADE

Ao analisar o trâmite processual, constato que a presença dos requisitos de admissibilidade foi devidamente verificada na ocasião da prolação da Decisão Monocrática 00475/2022-1 (peça 06), pelo Conselheiro Domingos Augusto Taufner. Por conseguinte, estando satisfeitas as exigências legais e regulamentares para que

¹ Em atenção à Decisão TC-04007/2022-1, que sobrestou os presentes autos, certificamos que, em sua 17ª sessão ordinária de 2023, o Plenário desta Corte de Contas, na apreciação do processo TC-03942/2022-1 (que trata de Consulta oriunda da Câmara Municipal de Guarapari), proferiu o Parecer Consulta TC-00009/2023-1, disponibilizado no Diário Oficial Eletrônico em 27.04.2023, com trânsito em julgado em 04.07.2023, conforme Certidão de Trânsito em Julgado 746/2023, constante daqueles autos.

Dessa forma, encerramos o sobrestamento do presente processo e encaminhamos os autos ao gabinete do relator, conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, para conhecimento e providências que vossa excelência determinar.

²Decreto Nº 9.830, de 10 de junho de 2019. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Art. 2º A decisão será motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos. [...] **§ 3º A motivação poderá ser constituída por declaração de concordância com o conteúdo de notas técnicas, pareceres, informações, decisões ou propostas que precederam a decisão. (grifos nossos)**

³ Esclareço que há firme jurisprudência do Tribunal de Contas da União no sentido de que a expressa incorporação às razões de decidir do Relator das análises e conclusões realizadas pela unidade técnica dispensam a repetição do mesmo exame no Voto que fundamenta a decisão. Nessa mesma linha, cito recentes precedentes consignados no [Acórdão 8292/2021-TCU-Primeira Câmara](#), no [Acórdão 8719/2021-TCU-Primeira Câmara](#), e no [Acórdão 8292/2021-TCU-Primeira Câmara](#), esse último já mencionando expressamente a redação do art. 2, §3º do Decreto Nº 9.830, de 10 de junho de 2019. Como é cediço, é absolutamente admitido pelo nosso sistema processual a chamada motivação per relationem, a qual se dá mediante a mera concordância com a análise de pareceres técnicos emitidos anteriormente no afã de subsidiar a atividade do juiz. Dessa forma, os arrazoados dos exames realizados no âmbito da unidade técnica que constem do Relatório integrante da deliberação incorporam-se às razões de decidir do Relator, na hipótese de serem por ele acolhidos, sendo prescindível sua repetição no voto fundamentador da decisão.

seja admitida, ratifico o juízo de admissibilidade realizado e conheço a presente representação.

II.2 DO MÉRITO

II.2.1 Improcedência da Representação – Ausência de ilegalidades ou irregularidades - Não aplicação da Medida Provisória 1.108 de 25 de março de 2022 convertida na Lei 14.442, de 02 de setembro de 2022 no âmbito da administração pública - Aplicação do Parecer em Consulta 00002/2024-8 – Plenário.

Inicialmente, é importante esclarecer que, de acordo com os artigos 100 e 101 da Lei Complementar 621, de 08 de março de 2012 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo).⁴, qualquer licitante, contratado, pessoa física ou jurídica tem o direito de representar ao Tribunal de Contas irregularidades na aplicação da legislação que regula licitações e contratos administrativos.

No caso em questão, a empresa contesta os termos do Edital Pregão Eletrônico 016/2022 da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, que trata da contratação de uma empresa especializada em administração e fornecimento de auxílio alimentação e refeição por meio de cartão magnético com chip de segurança e com senha individual.

Resumidamente, a empresa argumenta que o Edital contém as seguintes exigências: a) aceitação de taxa de administração negativa, conforme item 2.16; b) a adoção do método pós-pago para pagamento, conforme estipulado no item 6.1 da Minuta Contratual (ANEXO VII do Edital PE 16/2022).

⁴ Art. 100. O exercício do controle externo decorrente da fiscalização de ato licitatório, contrato administrativo e demais instrumentos congêneres, inclusive no caso de contratação direta, será realizado sob o rito sumário, nos termos do Regimento Interno.

Parágrafo único. Os órgãos e entidades da administração são responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e de sua execução.

Art. 101. Qualquer licitante, contratado, pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas irregularidades na aplicação da legislação que regule licitações e contratos administrativos, visando a resguardar o interesse público, sendo vedada sua interposição para amparar direito subjetivo do representante. (Redação dada pela Lei Complementar nº 902, de 8 de janeiro de 2019)

Parágrafo único. Aplicam-se à representação prevista nesta subseção, no que couber, as normas relativas à denúncia.

Alega-se que essas exigências estão em desacordo com a Medida Provisória 1.108/22, de 28 de março de 2022, a qual proíbe explicitamente esse tipo de requisito, sob pena de multa pecuniária.

Dessa forma, os itens contestados estabelecem o seguinte:

[...]

2.16 - Será aceita taxa de administração negativa.

[...]

6.1- O pagamento será efetuado, através do depósito em conta corrente da CONTRATADA, no Banco por ela indicado, até o 30º (trigésimo) dia consecutivo após a apresentação pela CONTRATADA, da(s) Nota(s) Fiscal (ais) /Fatura(s)/Boletos, no Setor de Contratos da ALES, as quais serão encaminhadas para serem devidamente atestada(s) na(s) sua(s) conformidade(s) pelo Gestor designado para acompanhar e fiscalizar a execução contratual, vedada à antecipação

Argumenta-se que tais disposições estão em conflito com a Medida Provisória 1.108/22, especialmente as delineadas no artigo 3º, incisos I e II:

Art. 3º O empregador, ao contratar pessoa jurídica para o fornecimento do auxílio-alimentação de que trata o art. 2º, não poderá exigir ou receber:

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

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

Primeiramente, é importante ressaltar que, de acordo com a minuciosa Instrução Técnica de Consulta 02841/2022-7, elaborada em 22/07/2022, a área técnica destaca que as restrições estabelecidas pela Medida Provisória 1.108/2022 e pelo Decreto nº 10.854/2021 não se aplicam às pessoas jurídicas de direito público. Essa conclusão se baseia no fato de que tais entidades possuem um regime jurídico próprio, especialmente no contexto das contratações públicas realizadas por meio de procedimentos licitatórios regulados pela Lei 8.666/1993, atualmente pela Nova Lei de Licitações (Lei 14133/2021), que visa selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, principalmente considerando seu aspecto econômico-financeiro, conforme estipulado pelo artigo 3º da Lei 8666/93, em vigor na época da elaboração da ITC.

Importante ressaltar que, à época da elaboração da instrução técnica pela área técnica, a Lei 8.666/93 estava em vigor, sendo o principal instrumento normativo para reger as contratações públicas no Brasil. Posteriormente, a Lei de Licitações foi atualizada para a Nova Lei de Licitações (Lei 14133/2021), porém, na época da análise, a referência legal era a Lei 8.666/93.

Assim, entende-se que a **Medida Provisória 1.108/2022, convertida na Lei 14442/2022** não se aplica à vedação da previsão de deságio ou de descontos sobre o valor contratado para o fornecimento de auxílio-alimentação em contratações de fornecedoras e de administradoras de auxílio-alimentação realizadas por entidades da administração pública direta, autárquica e fundacional. Conclui-se, ainda, que a restrição contida na Medida Provisória 1.108/2022 se destina às pessoas jurídicas inscritas no Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT), beneficiárias da vantagem tributária concedida pelo art. 1º, *caput*, da Lei 6.321/1976. Essa vantagem permite a possibilidade de deduzir, do lucro tributável, para fins de apuração de imposto sobre a renda, o dobro das despesas realizadas com alimentação de trabalhadores, benefício este que se revela inócuo para aqueles entes públicos eis que não auferem lucro e não são contribuintes do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ).

Nesse passo, essas considerações reforçam a minha convicção pela improcedência da representação, com os acréscimos abaixo citados, razão pela qual entendo que o entendimento concebido pela área técnica está suficientemente fundamentado:

[...]

2. ANÁLISE TÉCNICA

Conforme inicial, o representante alega que os itens 2.16 e 6.1, ambos da minuta do Contrato – anexo VII do edital PE nº 16/2022, estão em descompasso com as novas regras estabelecidas pela recente Medida Provisória nº 1.108/2022.

Os itens objurgados estabelecem que:

2.16 - Será aceita taxa de administração negativa.

(...)

6.1- O pagamento será efetuado, através do depósito em conta corrente da CONTRATADA, no Banco por ela indicado, até o 30º (trigésimo) dia consecutivo após a apresentação pela CONTRATADA, da(s) Nota(s) Fiscal (ais) /Fatura(s)/Boletos, no Setor

de Contratos da ALES, as quais serão encaminhadas para serem devidamente atestada(s) na(s) sua(s) conformidade(s) pelo Gestor designado para acompanhar e fiscalizar a execução contratual, vedada à antecipação.

Aduz que tais previsões estão em desacordo com a Medida Provisória 1.108/22 de 28 de março de 2022, em especial as do artigo 3º, incisos I e II:

Art. 3º O empregador, ao contratar pessoa jurídica para o fornecimento do auxílio-alimentação de que trata o art. 2º, não poderá exigir ou receber:

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

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

Alega que a Medida Provisória nº 1.108/2022, em razão do disposto no inciso I do art. 3º, vedou a prática de oferecimento de margens de desconto nos preços ofertados com taxas negativas na contratação de auxílio-alimentação, bem como defende que o pagamento deve ser feito antecipadamente à empresa contratada, em função do disposto no inciso II do art. 3º da MP, ao contrário, portanto, do que dispõe o item 6.1 da minuta do contrato, que ordena os pagamentos devidos à futura contratada em até 30 (trinta) dias após o carregamento dos créditos nos cartões.

Afirma, ainda, que o Tribunal de Contas de São Paulo, analisando contratação de vale-alimentação teria suspendido o certame pelo fato do edital estar em desacordo com a MP n. 1.108/2022, isso porque, segundo o representante a liminar em face da Câmara Municipal de Mairiporã, que não possui funcionários celetistas, não obstaría a aplicação da MP que, segundo o representante, não visa reger o benefício de auxílio-alimentação unicamente aos celetistas.

Argumenta que o Ministério Público de Contas ao proferir seu parecer naquele caso, pontuou que a condição de servidor estatutário (ao invés de celetista) não retiraria a finalidade da norma, que "*visa combater o descompasso econômico financeiro no mercado, com exorbitantes descontos*".

Doutro lado, os responsáveis alegam a inaplicabilidade da Medida Provisória n. 1.108/2022 aos órgãos públicos e que a MP se aplica tão somente àqueles regidos pela CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas) e às empresas vinculadas ao PAT (Programa de Alimentação do Trabalhador).

Concluem afirmando que a ALES não está enquadrada no contexto fático, ou seja, não está credenciada no PAT; não paga imposto de renda, não sendo beneficiária de isenção tributária e não paga o auxílio-alimentação com fundamento no § 2º do art. 457 da CLT, evidenciando, assim, a não aplicação da MP nº 1.108/2022 à ALES.

Argumentam também que a adoção da taxa negativa implica em economia para a Administração Pública, atendendo, dessa forma, ao princípio da economicidade previsto na Constituição Federal, atendendo assim, o interesse público.

Enfatizam que na presente licitação a empresa vencedora ofertou um desconto de ofertou um desconto de 5,51% (cinco vírgula cinquenta e um por cento), representando para a Assembleia Legislativa uma economia anual

estimada em R\$ 772.151,38 (setecentos e setenta e dois mil, cento e cinquenta e um reais e trinta e oito centavos), podendo atingir o valor de até R\$ 3.860.756,90 (três milhões, oitocentos e sessenta mil, setecentos e cinquenta e seis reais e noventa centavos) caso seja prorrogado até o limite de 05 (cinco) anos.

No tocante à segunda pretensão da representante relativa ao prazo para repasse dos valores, argumentam que há óbice legal diante da impossibilidade da Administração Pública (setor público) adiantar a remuneração do particular contratado antes da efetiva prestação do serviço, diferentemente do setor privado.

Sobre a decisão do Tribunal de Contas de São Paulo mencionada pelo representante, esclarece:

Por fim, no que tange à única e isolada decisão do TCESP colacionada aos autos, é forçoso destacar que o próprio Eminentíssimo Conselheiro-Relator ressalta a sua inaplicabilidade aos servidores sob o regime estatutário, justificando o restante de sua decisão sob o fundamento de que haveria um suposto prejuízo para os usuários finais do serviço.

Ocorre que, além de se tratar de justificativa sem lastro legal nenhum, baseada em impressão pessoal daquele eminente julgador, a realidade fática demonstra justamente o contrário. Neste ponto, não se tem nenhuma notícia de supermercados, restaurantes ou quaisquer outros estabelecimentos comerciais que cobre dos usuários dos cartões taxas adicionais, ou seja, de que um eventual desconto ou deságio possa resultar em prejuízo no momento do uso do cartão de alimentação/refeição.

Pois bem.

Conforme relatado, e sob o fundamento de contrariar o art. 3º da Medida Provisória 1.108/2022, a representante se insurge contra o edital do Pregão Eletrônico nº 016/2022, em razão das seguintes previsões e exigências: a) aceitação de taxa de administração negativa, prevista no item 2.16; b) a forma pós-paga atribuída como procedimento para pagamento, prevista no 6.1, ambas da Minuta Contratual (ANEXO VII).

Primeiramente, cumpre salientar que as restrições impostas pela MP 1.108/2022 e pelo Decreto nº 10.854/2021 são inaplicáveis às pessoas jurídicas de direito público, as quais dispõem de regime jurídico próprio, sobretudo no âmbito das contratações públicas por meio de procedimentos licitatórios (Lei. 866/1993), a qual se destina à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, especialmente quanto ao viés econômico-financeiro (art. 3º).

E é justamente sob esse aspecto, que as exigências ora impugnadas se revelam legítimas, notadamente aquela inerente à aceitação de desconto na taxa de administração com o oferecimento de valores negativos, em razão da vantajosidade para a Administração, conforme se verá mais adiante.

No tocante à Medida Provisória 1.108/2022, numa breve análise, verifica-se que está a tratar do pagamento de auxílio-alimentação regida pela CLT, consoante se depreende da redação contida em seu art. 1º: **“Esta Medida Provisória dispõe sobre o pagamento de auxílio-alimentação de que trata o § 2º do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e altera a Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976, e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943.”**

Assim, verifica-se que a medida é destinada a alterar a regulamentação das importâncias pagas pelo empregador a título de auxílio-alimentação aos trabalhadores contratados sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como para as empresas participantes do Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT. No âmbito administrativo, contudo, o auxílio-alimentação advém, em regra, de legislação própria e não decorrem das disposições da CLT.

No caso em tela, o serviço licitado para fins do fornecimento do auxílio-alimentação tem por fundamento a Lei Complementar Estadual nº 46/1994 (art. 88, inc. II e artigo 90) – constituindo, portanto, um direito subjetivo do servidor, cuja obrigatoriedade de pagamento, no caso, é do Poder Legislativo Estadual.

Por outro lado, o auxílio-alimentação previsto no § 2º do artigo 457 da CLT, tratado pela MP 1.108/2022, não é um direito subjetivo do trabalhador, mas uma opção do empregador, que quando implementado é beneficiado por meio de incentivos fiscais (art. 1º da Lei 6.321/1976)⁵ – que permite deduzir, do lucro tributável para fins de apuração do imposto sobre a renda, o dobro das despesas realizadas no Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT.

Em suma, o empregador que adere ao PAT e que é optante pela tributação com base no lucro real, pode deduzir parte das despesas com o PAT do imposto de renda, o que não é o caso das pessoas jurídicas de direito público, conseqüentemente, nem da Contratante, pois não são beneficiárias desses incentivos fiscais.

Em que pese a MP 1.108/2022 se referir ao auxílio alimentação de que trata o § 2º do artigo 457 da CLT, e considerando que a finalidade da norma proibitiva contida no art. 3º da MP 1.108/2022 é impedir o duplo benefício às pessoas jurídicas beneficiárias do PAT com a isenção do imposto de renda e com as taxas de deságio concedidas pelas facilitadoras contratadas, tal norma, contudo, não se aplica aos órgãos públicos, uma vez que não se enquadram como pessoa beneficiária do PAT.

Da mesma maneira, inaplicável o Decreto Federal nº 10.854/2021, que altera exclusivamente as normas que regulamentam o PAT.

Aliás esse é o entendimento que sendo proferido pelos Tribunais de Contas, como o TCE do Paraná, no sentido da inaplicabilidade aos órgãos públicos das vedações do referido Decreto, uma vez que estes não são beneficiários do incentivo fiscal decorrente do PAT:

PROCESSO Nº 777527/21

ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO DA LEI Nº 8.666/1993

ENTIDADE: MUNICÍPIO DE FLOR DA SERRA DO SUL

INTERESSADO: BERLIN FINANCE MEIOS DE PAGAMENTO LTDA

RELATOR: CONSELHEIRO IVENS ZSCHOERPER LINHARES

(...)

⁵ Art. 1º As pessoas jurídicas poderão 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, previamente aprovados pelo Ministério do Trabalho na forma em que dispuser o Regulamento desta Lei.

Representação da Lei nº 8.666/93. Pregão Presencial para licitação de serviços de administração de vale-alimentação. Pela procedência e emissão das seguintes recomendações: (i) Possibilidade de aceitação de ofertas de taxas de administração negativas ou de valor zero, visto que não ofendem ao disposto no art. 44, §3ª, da Lei nº 8.666/93;

(...)

Aplicação de multa aos gestores responsáveis pela elaboração do edital e homologação do certame sem a devida observância das formalidades do processo licitatório. (Acórdão nº 2252/17 – Tribunal Pleno, de relatoria deste Conselheiro).

Por sua vez, em princípio, **não se mostra aplicável às licitações promovidas pela Administração Pública Direta a vedação prevista no art. 175 do Decreto Federal nº 10.854/2021, tendo em vista que ela se dirige apenas às pessoas jurídicas que voluntariamente aderirem ao Programa de Alimentação do Trabalhador, o qual, nos termos do art. 1º da Lei Federal nº 6.321/1976, lhes permite “deduzir, do lucro tributável para fins do imposto sobre a renda o dobro das despesas comprovadamente realizadas no período base, em programadas de alimentação do trabalhador”.**

Considerando que, ao menos nesta análise preliminar, não se vislumbra a possibilidade de o Município Representado ser beneficiário do mencionado programa de incentivo fiscal, não aparenta se sustentar o fundamento apresentado no certame em tela para a vedação à apresentação de proposta contendo taxa de administração negativa. Desse modo, tendo em vista que, em sede cautelar, devem prevalecer os precedentes deste Tribunal acerca da matéria, que, em situações análogas, concluiu que a ausência de fundamento para a não aceitação de taxas negativas constitui restrição indevida à competitividade da licitação, vedada pelo art. 3º, § 1º, I, da Lei Federal nº 8.666/93, deve ser reconhecida, este exame preliminar, a presença do elemento da verossimilhança da suposta irregularidade apontada, a justificar a expedição de medida cautelar.

(...)

Vale ressaltar que em 2017, O Ministério do Trabalho e Emprego editou a Portaria 1.287 que trazia a mesma vedação da Medida Provisória 1.108/2022, conforme art. 1º “ ***No âmbito do Programa de Alimentação do Trabalhador, é vedada à empresa prestadora a adoção de práticas comerciais de cobrança de taxas de serviço negativas às empresas beneficiárias, sobre os valores dos créditos vinculados aos documentos de legitimação.***”, e o Tribunal de Contas da União – TCU ao apreciar a matéria, por meio do Acórdão nº 1.623/2018 – Plenário (DOU 30/07/2018), determinou ao Ministério do Trabalho, em caráter liminar, a suspensão da aplicabilidade da Portaria, por entender que interferia na ordem econômica, restringindo a competitividade do setor de vales alimentação e mitigava a aplicação de legislação de contratações públicas, que busca a economicidade e o melhor preço.

Posteriormente, em 14/11/2018 o TCU emitiu o Acórdão nº 2619/2018⁶ – Plenário, no qual determinou ao Ministério do Trabalho a anulação da Portaria 1.287/2017.

Este Tribunal, no mesmo compasso, apreciando matéria acerca da vedação da utilização da taxa negativa nas contratações públicas, reafirmou a inaplicabilidade da Portaria 1.287/2017 à Administração Pública, conforme Acórdão 0638/2019-9 da Primeira Câmara:

REPRESENTAÇÃO – PREGÃO PRESENCIAL – TICKET ALIMENTAÇÃO – INTERESSE SUBJETIVO – NÃO CONHECER – RECOMENDAR – ARQUIVAR.

(...)

Adicionalmente, corroboramos com o entendimento da Área Técnica quanto à necessidade de se recomendar ao Município de Rio Bananal, nos termos do artigo 329, §7º, do Regimento Interno do TCEES, que avalie a adoção de taxa negativa, considerando que a competitividade será melhor promovida caso seja permitido o desconto, bem como a Administração poderá obter uma proposta mais vantajosa. Dessa forma, transcrevemos as razões exaradas na Instrução Técnica Conclusiva 02931/218, que passam a se constituir em razões de decidir. In verbis:

3. DA PORTARIA 1.287/2017 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO:

Verifica-se dos argumentos apresentados pela LE CARD ADMINISTRADORA DE CARTOES LTDA que a base da sua argumentação remete à PORTARIA 1.287/2017 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO.

Tal portaria determina no artigo 1º a vedação de utilização das taxas de serviço negativas nos negócios entre empresa prestadora e empresa beneficiária do Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT.(...)

*Ocorre que a **Portaria 1.287/2017 é inaplicável à Administração Pública**. O Programa de Alimentação do Trabalhador tem por objetivo primordial a melhoria na qualidade de vida dos trabalhadores, criando um incentivo fiscal para as empresas que promovessem tais melhorias. Tanto é que, conforme regulamentado no Decreto 5 de 1991, a pessoa jurídica que estiver inscrita no PAT poderá deduzir do imposto de renda devido os valores gastos nessa finalidade.*

*Ocorre que **tal análise tributária é inaplicável à Administração Pública que goza de imunidade tributária quanto aos impostos sobre a renda, serviços e patrimônio**, conforme dispõe o artigo 150, inciso VI, alínea 'a' CF.*

⁶ **Acórdão:**

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, com fulcro no art. 237, inciso VII e parágrafo único, do Regimento Interno, e diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente representação para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. determinar ao Ministério do Trabalho que, nos termos do art. 45 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, promova, no prazo de 15 (quinze) dias contado a partir da ciência desta deliberação, a anulação da Portaria MTb 1.287/2017;

9.3. dar ciência desta deliberação ao Ministério do Trabalho e ao representante;

*Além disso, o Tribunal de Contas da União já tratou sobre essa Portaria, no ACÓRDÃO 1623/2018 – PLENÁRIO, em que concedeu medida acautelatória para suspensão parcial dos efeitos. Tal acórdão decorre de uma representação do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União.
(...)*

Vale ressaltar ainda que a licitação tem por objetivo a obtenção da proposta mais vantajosa à Administração e em inúmeras oportunidades as taxas vencedoras são as que oferecem o maior desconto, ou seja, a menor taxa, mesmo que seja negativa.

É prática comum da Administração tais taxas, razões pelas quais sugere-se recomendação ao Município de Rio Bananal para que avalie a adoção de taxa negativa, considerando que a competitividade será melhor promovida caso seja permitido o desconto, bem como a Administração poderá obter uma proposta mais vantajosa.

Na mesma linha de entendimento, em resposta a uma consulta formulada pela Câmara Municipal de Guarapari (Proc. TC 3942/2022) sobre a aplicação da Medida Provisória 1.108/2022 e sua repercussão nas contratações de empresas fornecedoras e gerenciadoras de auxílio-alimentação nas licitações, realizou estudo aprofundado do assunto, tendo concluído:

IV.1 A vedação à aplicação de deságio ou descontos sobre o valor contratado junto às empresas fornecedoras e gerenciadoras de auxílio-alimentação, estabelecida pela Medida Provisória 1.108/2022, somente terá lugar quando a pessoa jurídica, contratante do serviço de gerenciamento/fornecimento de auxílio alimentação, for beneficiária da dedução, incidente sobre o imposto de renda, de que trata o art. 1º, caput, da Lei 6.321/1976, cujo teor ora se reproduz:

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 em que dispuser o Decreto que regulamenta esta Lei. (Redação dada pela Medida Provisória nº 1.108, de 2022) (g.n).

IV.2 O benefício tributário, concedido pelo art. 1º, caput, da Lei 6.321/1976, é atribuído, apenas, às pessoas jurídicas que auferem lucro, não abrangendo os entes pertencentes à administração pública direta, autárquica ou fundacional, uma vez que, além de não obterem lucro em sua atividade, sequer são contribuintes do imposto sobre a renda de pessoas jurídicas, tendo em vista a imunidade tributária conferida pelo art. 150, VI, "a" e § 2º, da CF/88.

IV.3 Não há impedimento à contratação de empresas fornecedoras e gerenciadoras de auxílio-alimentação (emissoras de vales refeição e alimentação), com aplicação de deságio e descontos sobre o valor contratado, incluindo-se a adoção de taxas negativas de administração, pelos entes pertencentes à Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional, ainda que sejam inscritos no Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT), uma vez que a vedação, contida na Medida Provisória 1.108/2022, destina-se às pessoas jurídicas, inscritas no PAT, beneficiárias da vantagem tributária concedida pelo art. 1º, caput, da Lei 6.321/1976,

que prevê a possibilidade de deduzir, do lucro tributável, para fins de apuração de imposto sobre a renda, o dobro das despesas realizadas com alimentação de trabalhadores, benefício este que se revela inócuo para aqueles entes públicos eis que não auferem lucro e não são contribuintes do IRPJ.

IV.4 A expressão “lucro tributável”, contida no art. 1º, caput, da Lei 6.321/1976, é referida doutrinariamente como sinônimo de “lucro real”, de sorte que o benefício tributário, previsto no mesmo dispositivo, destina-se, somente, às pessoas jurídicas que são tributadas segundo o regime de lucro real, no que tange ao recolhimento do imposto sobre a renda devido. Desse modo, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, que não sejam tributadas pelo regime do lucro real, igualmente não serão beneficiárias, ainda que inscritas no PAT, do favor legal preconizado no art. 1º, caput, da Lei 6.321/1976, razão pela qual não se verifica impedimento para que tais entes possam realizar a contratação de empresa fornecedora/administradora de auxílio-alimentação com a aplicação de descontos ou deságio sobre o valor contratado, incluindo-se a adoção de taxa negativa de administração.

IV.5 A Medida Provisória 1.108/2022 não impede a realização de procedimento licitatório para a contratação de serviços de administração e fornecimento de auxílio-alimentação, tampouco o seu teor impossibilita a viabilização destes serviços, aos seus destinatários, através da utilização de cartões magnéticos ou eletrônicos.

IV.6 O serviço de fornecimento e administração/gerenciamento de auxílio alimentação, ainda que por meio de cartão magnético ou eletrônico, trata-se de um serviço comum, definido legalmente (art. 1º, § único, da Lei 10.520/2002 e art. 6, XIII, da Lei 14.133/2021) como aquele cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

IV.7 Considerando-se que, entre 01 de abril de 2021 e 01 de abril de 2023, é possível que o gestor público opte, quando visar a aquisição de bens e serviços comuns, entre os procedimentos licitatórios de pregão previstos na Lei 10.520/2002 e na Lei 14.133/2021, tem-se que, ao licitar serviços de fornecimento e administração/gerenciamento de auxílio alimentação, através do procedimento de pregão disciplinado pela Lei 10.520/2002, o critério de julgamento das propostas deverá ser o de menor preço (4º, X, da Lei do Pregão), o que, concretamente, será obtido com a aplicação de taxa de desconto sobre o montante estimado para o fornecimento do auxílio alimentação a ser contratado. Por sua vez, ao preferir a realização do procedimento de pregão sob a égide da Lei 14.133/2021, poderá o gestor público estabelecer, no edital licitatório, como critério de julgamento, tanto o menor preço, quanto o maior desconto, já que esta última opção se encontra expressamente prevista no inciso XLI, do art. 6º, da Nova Lei de Licitações.

Na esfera judicial, de igual forma, o entendimento prevalente é no sentido da inaplicabilidade da MP 1108/2022 aos órgãos públicos, conforme algumas decisões preferidas pelo Tribunal de Justiça do nosso Estado, como segue:

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PODER JUDICIÁRIO

1ª Câmara Cível

Processo nº 5004873-90.2022.8.08.0000

AGRAVO DE INSTRUMENTO (202)

AGRAVANTE: GUARAPARI CAMARA MUNICIPAL

Advogado do(a) AGRAVANTE: RENAN NOSSA GOBBI - ES19088

AGRAVADO: UP BRASIL ADMINISTRACAO E SERVICOS LTDA.

Advogados do(a) AGRAVADO: NATASHA RUBINSZTEJN DOMINGUES - SP426067, PEDRO HENRIQUE FERREIRA RAMOS MARQUES - SP261130

(...)

A extensão da aplicabilidade da medida provisória aos entes públicos, especialmente quanto a vedação da taxa zero ou negativa da administração dos cartões magnéticos, violaria os critérios de menor valor global ou maior desconto, princípio da legalidade estrita e da proposta mais vantajosa para a administração pública.

(...)

Ademais, cabe destacar que o C. STJ possui tese jurídica firmada no seguinte sentido: "Os editais de licitação ou pregão não podem conter cláusula prevendo percentual mínimo referente à taxa de administração, sob pena de ofensa ao artigo 40, inciso X, da Lei nº 8.666/1993." (REsp 1840113/CE, Rel. Ministro OG FERNANDES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/09/2020, DJe 23/10/2020)

Nesse contexto, verifico a probabilidade do direito do agravante, **diante da incompatibilidade da Medida Provisória nº 1.108/2022 com o regramento do setor público, os princípios regentes das contratações, especialmente estabelecidos na lei de licitações públicas e pregão.**

....

Assim, DEFIRO o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao presente recurso, sendo autorizado o regular prosseguimento do Edital do Pregão Presencial nº 007/2022, devendo o juízo a quo dar continuidade ao feito.

.....

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PODER JUDICIÁRIO

Juízo de Anchieta - 1ª Vara

PROCESSO Nº 5000703-63.2022.8.08.0004

MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL (120)

IMPETRANTE: UP BRASIL ADMINISTRACAO E SERVICOS LTDA.

IMPETRADO: PREGOEIRO OFICIAL DA PREFEITURA MUNICIPAL DE ANCHIETA

Conforme decisão primeva, cuida-se de Mandado de Segurança voltado para coibir ato coator supostamente praticado pelo Pregoeiro Oficial do Município de Anchieta, apontando ato coator consistente na publicação de edital de licitação Pregão Presencial 0045/2022.

Em síntese, o autor questiona a legalidade do edital supracitado, pois o seu conteúdo violaria a medida provisória 1.108/2022, a qual veda às companhias fornecedoras dos cartões, a aplicação de desconto no valor contratado, descaracterizando a natureza pré-paga do benefício, além de impactar o mercado.

(...)

Com efeito, malgrado tenha afirmado que o Poder Público, ao permitir o desconto negativo, faz com que os concorrentes, pratiquem preços inexequíveis, com efeito, não é possível presumir que isso ocorra.

(...)

Assim, razão assiste à autoridade impetrada acerca das limitações do Mandado de Segurança e da carga de abstração reconhecida na liminar acerca da promoção do desenvolvimento sustentável como um dos princípios norteadores da licitação.

Por fim, cabe ressaltar que o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo aventa a possibilidade citada, não sendo razoável promover a interpretação extensiva em relação à aplicabilidade da MP 1.108/22 aos contratos administrativos.

Atento a isso, tenho por rever a decisão primeva, com o fim de revogá-la, autorizando o normal andamento do procedimento licitatório de que trata o presente “mandamus”.

Com efeito, entende-se que inaplicável as vedações contidas na MP 1.108/2022 nas relações envolvendo as pessoas jurídicas de direito público, sob pena de, em última análise, desvirtuar e esvaziar a finalidade de toda e qualquer licitação, consistente na seleção da proposta mais vantajosa para os cofres públicos.

Nesse sentido, a vedação da apresentação de taxa de administração negativa como pleiteia o Representante, está em desacordo com o inciso X do art. 40 da Lei n. 8.666/93, violando, ainda, o princípio da legalidade, da economicidade e o da seleção da proposta mais vantajosa para a

Administração previsto no caput do artigo 3º do mesmo diploma Legal⁷ e no art. 9º, I, “a” da Lei n. 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratações)⁸.

Aliás, no tocante à “taxa de administração negativa ou de valor zero”, é pertinente salientar que o Tribunal de Contas da União, desde 1996, admite não apenas a possibilidade de arbitramento de taxa negativa em certames que visem a este tipo de contratação, como também reconhece que a fixação abaixo de zero, por si só, não representa a inexecuibilidade da proposta. Senão vejamos:

Decisão do Plenário nº 38/1996 – Processo de Representação nº 006.741/95-9 – Relator Ministro Adhemar Paladini Ghisi - Sessão 07/02/1996 - DOU 04/03/1996

[...]

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE: 1- [...] 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 inexeqüíveis, 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; [...].

Pregão para contratação de fornecimento de vales-alimentação: 2 – Admissão de taxa negativa de administração

Ainda no que se refere à representação de licitante que relatou possíveis irregularidades no Pregão Sebrae/GO nº 6/2010, conduzido pelo Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas do Estado de Goiás – Sebrae/GO, com o objetivo de contratar empresa especializada no fornecimento de vales-alimentação e vales-refeição, por meio de cartão magnético, para os colaboradores da entidade, também seria irregular, para a representante, a vedação editalícia de que a taxa de administração fosse negativa, uma vez que a renda obtida pelo particular em decorrência do serviço licitado proviria de diferentes fontes, não se restringindo à taxa de administração. Em seu voto, o relator destacou a providência do Sebrae/GO de determinar o

⁷ Art. 40
(...)

X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48; ([Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998](#))

Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. ([Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010](#))

⁸ Art. 9º É vedado ao agente público designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, situações que:

a) comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório, inclusive nos casos de participação de sociedades cooperativas;

cancelamento do pregão, com o intuito de adequar a licitação à jurisprudência do TCU que admite a taxa negativa em licitações para a contratação de serviços de fornecimento de vales-alimentação e vales-refeição. O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente, em parte, a representação e expediu determinações corretivas ao Sebrae. Acórdão n.º 1757/2010-Plenário, TC-010.523/2010-3, rel. Min. Raimundo Carreiro, 21.07.2010

Nesse mesmo sentido, segue excerto do Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 104:

A oferta de taxa de administração negativa ou de valor zero, em pregão para prestação de serviços de fornecimento de vale-alimentação, não implica inexecutabilidade da respectiva proposta, a qual só pode ser aferida a partir da avaliação dos requisitos objetivos especificados no edital da licitação. Representação formulada por empresa deu notícia de possíveis irregularidades cometidas pelo Conselho Regional de Nutricionistas do Estado de São Paulo (SESCOOP-SP), na condução do Pregão Presencial nº 04/11, que antecedeu a contratação de empresa para prestar serviços de fornecimento de vale-alimentação, abrangendo o gerenciamento, distribuição, implementação e administração dos benefícios. Após sorteio realizado entre as empresas Planinvesti – Administração e Serviços Ltda. e Sodexo Pass do Brasil Serviços e Comércio S.A., em razão de terem apresentado propostas de isenção de taxa de administração (0,00 %), o objeto do pregão foi adjudicado à primeira delas. O relator considerou, em face do

Acórdão nº 1.034/2012-Plenário, TC 010.685/2011-1, rel. Min. Raimundo Carreiro, 2.5.2012:

(...) Rememorou o teor da Decisão nº 38/1996 – Plenário, por meio da qual o Tribunal decidiu : “deixar assente que, no que pertine às licitações destinadas ao fornecimento de vale-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”. A despeito dessa e de outras falhas apuradas, considerou que a anulação do respectivo contrato traria inconvenientes que suplantariam eventuais benefícios dela resultantes. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, quanto ao aspecto acima enfocado, decidiu determinar ao SESCOOP-SP que, em futuras licitações: “ salvo quando houver comprovada e justificada inviabilidade, passe adotar o entendimento firmado na Decisão nº 38/1996- Plenário, no sentido de que a apresentação de ofertas de taxas de administração negativas ou de valor zero não torna as propostas inexequíveis, devendo ser averiguada a compatibilidade da taxa oferecida em cada caso concreto, a partir de critérios objetivos previamente fixados no edital”.

Esta Corte de Contas, apreciando representação formulada pela mesma empresa dos autos, no qual questionava sobre oferecimento de taxa de administração negativa, manifestou o seguinte entendimento no Acórdão 00783/2022-4 – 2ª Câmara:

LICITAÇÃO – REPRESENTAÇÃO – PREFEITURA MUNICIPAL DE BREJETUBA – FORNECIMENTO DE VALE ALIMENTAÇÃO – TAXA DE ADMINISTRAÇÃO NEGATIVA OU ZERO – PROCÉDENCIA – ARQUIVAR

Em licitações para operacionalização de vale-refeição, vale-alimentação, vale-combustível e cartão combustível, **não se deve proibir o oferecimento de proposta de preço com a taxa de administração zero ou negativa.** Entretanto, em cada caso, deve ser avaliado se a proposta com taxa de administração negativa ou de valor zero é exequível, a partir de critérios previamente fixados no edital, consoante Acórdão 2004/2018 – primeira Câmara do TCU.

Destarte, entende-se que qualquer vedação editalícia à taxa de Administração negativa poderá representar maior custo para a contratante, violando-se o princípio da economicidade e da seleção da proposta mais vantajosa.

Conforme informações dos autos (fls. 9 do evento 18), o procedimento licitatório já ultrapassou a fase de lances, tendo a empresa vencedora ofertado um desconto de 5.51% (cinco vírgula cinquenta e um por cento), que de acordo com informações dos responsáveis, teria representado para a Assembleia Legislativa (contratante) uma economia estimada em R\$ 772.151,38 (setecentos e setenta e dois mil, cento e cinquenta e um reais e trinta e oito centavos) por ano (anexo V do evento 19).

Por último, cabe ressaltar que a Medida Provisória 1.108/2022 caso não seja convertida em lei no prazo constitucional perderá sua eficácia.

A Medida Provisória 1.108/2022 foi publicada, no Diário Oficial da União, em 28 de março de 2022, sendo prorrogada, por mais 60 (sessenta) dias, por ato do Presidente do Congresso Nacional, senador Rodrigo Pacheco, em 20/05/2022.

Registre-se que, conforme informação disponível no sítio eletrônico do Congresso Nacional⁹, **07 de agosto de 2022 é a data limite para a conversão em lei, da Medida Provisória 1.108/2022,** já considerando o período de suspensão decorrente do recesso do Congresso Nacional (art. 57, caput¹⁰, CF/88). Em sendo ultrapassado o prazo de sua conversão em lei, haverá a perda da eficácia da Medida Provisória 1.108/2022, valendo asseverar que, nos termos do § 10, do art. 62, da CF/88, “*é vedada a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo*”.

Portanto, caso a Medida Provisória 1.108/2022 não seja convertida em lei no prazo oportunizado pela Constituição Federal, todas as suas disposições, incluindo-se a vedação à utilização de deságio ou desconto sobre o valor contratado a título de auxílio-alimentação, não subsistirão, cabendo ao Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes (art. 62, § 3º, CF/88). Na hipótese do decreto legislativo não vir a ser editado “[...] até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes

⁹ Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/152406>>
Acesso em 22 julho 2022

¹⁰ Art. 57. O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 50, de 2006)

de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas (art. 62, § 11, CF/88).

Nota-se, ainda, que a própria Medida Provisória 1.108/2022 estabelece que as vedações contidas em seu art. 3º, dentre elas contemplada a proibição de contratar fornecimento de auxílio-alimentação com “qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado” (art. 3º, I), não se aplicam aos contratos “[...] vigentes, até seu encerramento ou até que tenha decorrido o prazo de quatorze meses, contado da data de publicação desta Medida Provisória, o que ocorrer primeiro” (art. 3º, § 1º, da MP 1.108/2022).

3. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, com a seguinte proposta de encaminhamento:

3.1 – Considerar **improcedente** a Representação, na forma do art. 178, I, do RITCEES, tendo em vista a não constatação de irregularidades;

3.2 – Cientificar o representante da decisão a ser proferida por esta Corte de Contas;

3.3 – Arquivar os autos, na forma do art. 330, inciso I, do RITCEES.

[...]

Outrossim, é crucial ressaltar o contexto temporal em que a instrução foi elaborada (julho de 2022), considerando que, à época, a Medida Provisória estava em vigor, uma vez que ainda não havia sido convertida em lei. A conversão da Medida Provisória em lei, a Lei 14.442/2022, ocorreu em 02 de setembro de 2022. Portanto, na elaboração da instrução técnica e na definição das diretrizes, as disposições da Medida Provisória foram utilizadas como referência legítima, dado que era o marco legal vigente à época.

Diante desse contexto, considerando que a finalidade do art. 3º da MP 1.108/2022 (Lei nº 14.442/2022) é vedar o duplo favorecimento das pessoas jurídicas beneficiárias do PAT, tal norma não seria aplicável aos órgãos públicos, vez que não se enquadram como pessoa beneficiária do PAT. Portanto, julgo improcedente a presente representação, por inexistir irregularidade, conforme estabelece o artigo 178, inciso I, do Regimento Interno desta Corte de Contas¹¹ (Resolução 261, de 04 de junho de 2013) e art. 95, inciso I, da Lei Complementar 621, de 08 de março de 2012¹².

Além disso, é importante destacar que o tema em questão foi objeto de Consulta nesta Corte de Contas, conforme registrado no Processo 06620/2022-2. Inicialmente, houve

¹¹ Art. 178. Encerrada a fase de instrução, a denúncia será submetida à Câmara ou ao Plenário, que decidirá: (Redação dada pela Emenda Regimental nº 006, de 29.3.2016) I - pela improcedência, quando não constatada ilegalidade ou irregularidade; [...]

¹² Art. 95. Encerrada a fase de instrução, a denúncia será submetida ao Plenário, que decidirá: I - pela improcedência, quando não constatada ilegalidade ou irregularidade; [...]

deliberação no sentido de que as vedações, contidas no art. 3º, da Lei 14.442/2022 (decorrente da conversão da Medida Provisória 1.108/2022), também se aplicavam aos entes públicos, ao contratarem serviços de administração/fornecimento de auxílio-alimentação, conforme consta no Parecer em Consulta 00022/2023-7 (peça 39 do processo 06620/2022-2).

No entanto, o Ministério Público de Contas interpôs Pedido de Reexame, sob o número TC 07473/2023-9. Esta Corte de Contas, em deliberação na sessão do Plenário do dia 29/02/2024, reformou o Parecer em Consulta 00022/2023-7. O trânsito em julgado dessa decisão ocorreu em 19/03/2024. Assim, determinou-se que **não há** impedimento à contratação de empresas fornecedoras e gerenciadoras de auxílio-alimentação (emissoras de vales refeição e alimentação, ou congêneres), incluindo a aplicação de deságio e de descontos sobre o valor contratado, bem como a adoção de taxas negativas de administração, pelos órgãos e pelos entes pertencentes à administração pública direta, autárquica e fundacional. Além disso, corretamente determinou a revisão do Parecer em Consulta 0009/2023-1 proferido no Processo 03942/022-1. Na ocasião, este parecer interpretou que as vedações, estabelecidas no art. 3º, da Lei 14.442/2022 também eram aplicáveis aos entes públicos, ao contratarem serviços de administração/fornecimento de auxílio-alimentação.

Desse modo, é importante destacar a deliberação contida no Parecer em Consulta 00002/2024-8 proferido no processo 07473/2023-9, atualmente em vigor, cujo entendimento prevalece na Corte:

1. PARECER CONSULTA TC-002/2024

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

1.1. CONHECER o presente Recurso, tendo em vista o preenchimento dos requisitos de admissibilidade;

1.2. CONCEDER a medida cautelar, pleiteada pelo Recorrente, **para que:**

1.2.1 seja conferida publicidade no sítio eletrônico do TCEES, bem como em suas redes sociais, sobre o reexame do Parecer em Consulta TC 022/2023, que versa sobre a aplicabilidade da Lei 14.442/2022 aos entes públicos;

1.2.2 seja(m) suspenso(s) o(s) efeito(s) de qualquer (quaisquer) decisão(ões) cujo enfoque se refira à aplicabilidade, aos entes

públicos, da Lei 14.442/2022 ou das vedações que estabelece em seu artigo 3º;

1.3. Dar provimento ao recurso, quanto ao mérito, para que seja reformado o Parecer em Consulta TC 0022/2023-Plenário, no sentido de que passe a oferecer a seguinte resposta:

1.3.1 A Lei 14.442/2022 não é aplicável aos órgãos e entes da administração pública direta, autárquica e fundacional eis que o seu art. 1º estabelece, expressamente, que a norma se destina a regular o pagamento de auxílio-alimentação ao “empregado”, ou seja, à pessoa física contratada sob regime submetido à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), não abrangendo, portanto, a administração direta, as autarquias e as fundações públicas, uma vez que possuem “servidores públicos”, em seu quadro de pessoal, regidos por leis estatutárias.

1.3.2 A Lei 14.442/2022 pode, entretanto, alcançar as empresas públicas e as sociedades de economia mista, eis que o quadro de pessoal destes entes é composto por “empregados públicos” contratados sob o regime trabalhista disposto na Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei 5.452/1943).

1.3.3 A vedação à aplicação de deságio ou descontos sobre o valor contratado junto às empresas fornecedoras e gerenciadoras de auxílio-alimentação, estabelecida no art. 3º, I, da Lei 14.442/2022 e reproduzida no parágrafo 4º, inciso I, do art. 1º da Lei 6.321/1976, somente terá lugar quando a pessoa jurídica, contratante do serviço de fornecimento/gerenciamento de auxílio alimentação, for beneficiária da dedução, incidente sobre o imposto de renda, de que trata o art. 1º, *caput*, da Lei 6.321/1976, cujo teor ora se reproduz:

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. (Redação dada pela Lei nº 14.442, de 2022)

1.3.4 O benefício tributário, concedido pelo art. 1º, *caput*, da Lei 6.321/1976, é atribuído, apenas, às pessoas jurídicas que auferem lucro, não abrangendo os órgãos e entes pertencentes à administração pública direta, autárquica ou fundacional, uma vez que, além de não obterem lucro em sua atividade, sequer são contribuintes do imposto sobre a renda de pessoas jurídicas, tendo em vista a imunidade tributária conferida pelo art. 150, VI, “a” e § 2º, da CF/88.

1.3.5 Não há impedimento à contratação de empresas fornecedoras e gerenciadoras de auxílio-alimentação (emissoras de vales refeição e alimentação, ou congêneres), **com aplicação de deságio e descontos sobre o valor contratado, incluindo-se a adoção de taxas negativas de administração, pelos órgãos e entes pertencentes à administração pública direta, autárquica e fundacional**, ainda que sejam inscritos no Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT), uma vez que a vedação, contida no art. 3º, I, da Lei 14.442/2022, destina-se às pessoas jurídicas, inscritas no PAT, beneficiárias da vantagem tributária concedida pelo art. 1º, *caput*, da Lei 6.321/1976, que prevê a possibilidade de deduzir, do lucro

tributável, para fins de apuração de imposto sobre a renda, o dobro das despesas realizadas com alimentação de trabalhadores, benefício este que se revela inócuo para os órgãos e entes da administração pública direta, autárquica e fundacional, eis que não auferem lucro e não são contribuintes do IRPJ. **Do mesmo modo não se verifica óbice à prorrogação de tais contratos, desde que respeitados os limites previstos na Lei de Licitações e Contratos.**

1.3.6 Quanto às empresas públicas e às sociedades de economia mista tem-se que a possibilidade de contratação e prorrogação de contratos de fornecimento/gerenciamento/administração de auxílio-alimentação ou congêneres, com descontos ou emprego de taxa de administração negativa, encontra-se atrelada ao fato de tais entes, quando inscritos no PAT, não serem tributados pelo seu “lucro real”, para fins de imposto de renda, hipótese na qual, igualmente, não serão beneficiários da dedução prevista no art. 1º, *caput*, da Lei 6.321/1976 e, por conseguinte, não serão abrangidos pela vedação estabelecida no art. 3º, I, da Lei 14.442/2022 e reproduzida no parágrafo 4º, inciso I, do art. 1º da Lei 6.321/1976.

1.3.7 Caso a empresa pública ou a sociedade de economia mista seja beneficiária do favor legal estabelecido no art. 1º, *caput*, da Lei 6.321/1976, não poderá realizar a contratação de serviços de fornecimento e administração de auxílio alimentação com o emprego de descontos ou deságio (taxa negativa de administração) sobre o valor contratado, tampouco poderá prorrogar eventuais contratos em vigor tendo em vista a expressa vedação contida no § 2º, do art. 3º, da Lei 14.442/2022;

1.4. Determinar, com fundamento no art. 238, *caput*¹³, do RITCEES, o **reexame do Parecer em Consulta TC 0009/2023-1, exarado nos autos do Processo TC 3942/2022**, que também versa sobre a aplicabilidade da Lei 14.442/2022 aos entes públicos e do qual se originou o posicionamento assentado no Parecer em Consulta TC 0022/2023-Plenário;

1.5. Arquivar os presentes autos, após o trânsito em julgado.

2. Por maioria, nos termos do voto do relator, conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, vencidos o conselheiro Rodrigo Coelho do Carmo, que votou por negar provimento ao recurso, mantendo incólume o Parecer Consulta TC-22/2023, e o conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha, que o acompanhou.

3. Data da Sessão: 29/02/2024 - 8ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

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

4.2. Conselheiro substituto: Donato Volkens Moutinho (em substituição, conforme Ato Convocatório nº 1/2024).

¹³ Art. 238. Por iniciativa fundamentada do Presidente, de Conselheiro, de Conselheiro Substituto, do Ministério Público junto ao Tribunal ou a requerimento de legitimado, o Tribunal poderá reexaminar matéria objeto de consulta. (Redação dada pela Emenda Regimental nº 010, de 26.3.2019).

Neste ponto, é relevante mencionar que o Parecer em Consulta possui caráter normativo, constituindo prejulgamento da tese, mas não de fato ou de caso concreto, conforme estabelecido no art. 233, § 4º do Resolução TC 261, de 04 de junho de 2013¹⁴(Aprova o Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo).

Além disso, é fundamental observar o fiel cumprimento às decisões plenárias, especialmente àquelas provenientes do colegiado máximo (Plenário), emitidas em qualquer modalidade de processo de controle externo. Nesse contexto, o Parecer em Consulta do TCEES não apenas se aplica a todos os jurisdicionados, mas também vincula a tomada de decisão da própria Corte. Portanto, o entendimento deliberado no Parecer em Consulta 00002/2024-8 deve ser aplicado à presente situação.

Nesse sentido, alinhado ao posicionamento técnico e ministerial julgo improcedente a representação, uma vez que não há irregularidades constatadas. Ademais, determino que seja enviada uma cópia do Parecer em Consulta 00002/2024-1 ao representante e à Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, visando informar sobre o teor da decisão.

III PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Por todo o exposto e com base na competência outorgada pelo inciso V, do artigo 29, Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, acompanhando o entendimento da área técnica e do Ministério Público de Contas, VOTO no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte proposta de deliberação:

Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun

Conselheiro relator

1. ACÓRDÃO TC-311/2024:

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

¹⁴ Art. 233. O Plenário decidirá sobre consultas quanto às dúvidas suscitadas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, que lhe forem formuladas pelas seguintes autoridades: [...] § 4º O parecer em consulta possui caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não de fato ou caso concreto. [...]

1.1. CONHECER DA REPRESENTAÇÃO, em conformidade com os artigos 94 e 101 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo;

1.2. JULGAR IMPROCEDENTE a Representação, nos termos do art. 178, I, do RITCEES e artigo 95, I, da LC 621/2012, devido à não constatação de irregularidades;

1.3. ENCAMINHAR uma cópia do Parecer em Consulta 0002/2024-8 - Plenário ao representante e à Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo;

1.4. Dar CIÊNCIA aos interessados e ao Ministério Público de Contas, conforme previsto no Regimento Interno;

1.5. ARQUIVAR os autos, após a certificação do trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 04/04/2024 - 15ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

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

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Presidente

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Relator

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

CONSELHEIRO DAVI DINIZ DE CARVALHO

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUCIANO VIEIRA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JÚNIOR

Secretário-geral das Sessões