

ANÁLISE DE DEFESA

PROCESSO Nº: 1141454

NATUREZA: Denúncia

RELATOR: Conselheiro Substituto Hamilton Coelho

DATA DE AUTUAÇÃO: 02/03/2023

DADOS DA LICITAÇÃO

CHAMAMENTO PÚBLICO Nº: 001/2023

ENTIDADE LICITANTE: Prefeitura Municipal de Formiga, Serviço Autônomo de Água e Esgoto (SAAE) e Instituto de Previdência dos Servidores Públicos Municipais de Formiga (PREVIFOR).

OBJETO: Execução de projeto de manutenção do Vale Alimentação, através da prestação de serviços de fornecimento e administração de cartões magnéticos de vale-alimentação, com senha pessoal, para atender a Prefeitura Municipal de Formiga, Serviço Autônomo de Água e Esgoto – SAAE e Instituto de Previdência dos Servidores Públicos Municipais de Formiga – PREVIFOR, em conformidade com as normas do Ministério do Trabalho e Emprego que regulamenta o Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT

MODALIDADE: Chamamento Público

DATA DE PUBLICAÇÃO: 17/02/2023

1. INTRODUÇÃO

Tratam os autos de Denúncia formulada por BK Instituição de Pagamento Ltda., com pedido liminar, em face de supostas irregularidades no Edital de Chamamento Público nº. 001/2023, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Formiga, pelo Serviço Autônomo de Água e Esgoto (SAAE) e pelo Instituto de Previdência dos Servidores Públicos Municipais de Formiga (PREVIFOR), cujo objeto consiste na execução de projeto de manutenção do Vale Alimentação, através da prestação de serviços de fornecimento e administração de cartões magnéticos de vale-alimentação, com senha pessoal, em conformidade com as normas do Ministério do Trabalho e Emprego que regulamenta o Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT.

A Denunciante, em síntese, apontou suposta irregularidade no edital, decorrente da existência de cláusula que vedaria a oferta de taxa de administração negativa.

Em razão dos argumentos trazidos, requereu a suspensão cautelar do procedimento licitatório e, no mérito, fosse determinada a revisão dos itens impugnados.

Os autos foram recebidos como Denúncia e distribuídos à relatoria Conselheiro Substituto Hamilton Coelho, que não vislumbrou, em juízo inicial, irregularidades aptas a ensejar a concessão de medida cautelar, razão pela qual indeferiu o pedido liminar de suspensão do certame (peça nº. 15, SGAP).

Em seguida, os autos foram encaminhados para a 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios, que, em sede de análise inicial, concluiu pela improcedência do apontamento apresentado, tendo em vista que a Denunciante não teria comprovado que a Prefeitura Municipal vedou, de fato, o oferecimento de taxa negativa na contratação em análise. Isso porque o Edital não contém tal cláusula e a Denunciante teria apresentado somente um “e-mail”, supostamente enviado pela prefeitura, mas que não era possível saber se era relacionado ao Chamamento Público em análise. Sugeriu, nesse sentido, o arquivamento dos autos.

Em sede de manifestação preliminar, o Ministério Público de Contas entendeu que, no que tange à irregularidade apontada pela Denunciante, seria necessária a oitiva da administração Municipal para elucidar a questão, não sendo possível se manifestar pela improcedência do apontamento de plano. Na oportunidade, o MPC também realizou aditamento, referente à ilegalidade da utilização de chamamento público para celebração de termo de cooperação com OSC objetivando o fornecimento de cartão alimentação – visto que o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC), a Lei Federal n. 13.019/2014, não se destina à mera contratação de serviços comuns pela Administração Pública.

Em razão do apontamento complementar realizado, o *parquet* requereu a concessão medida cautelar para determinar a suspensão do Chamamento Público nº. 001/2023, entendendo que o certame estaria eivado de vício insanável.

Em razão da manifestação do Ministério Público de Contas, o Conselheiro Relator, em sede de decisão monocrática (peça nº. 25, SGAP), determinou a suspensão cautelar do Edital do Chamamento Público nº. 001/2023, decisão que, posteriormente, foi referendada pela Segunda Câmara deste Tribunal de Contas (peça nº. 33, SGAP).

Naquela oportunidade, o Relator também determinou a citação dos Responsáveis para que apresentassem defesa e juntassem os documentos que julgassem pertinentes acerca dos fatos apontados.

Devidamente citados (peças nº. 35 a 37, SGAP), a Secretária Municipal de Administração e Desenvolvimento Econômico de Formiga, Sra. Milena Ribeiro da Silva; o Superintendente Executivo do Instituto de Previdência dos Servidores Públicos Municipais de Formiga – PREVIFOR, Sr. Ronaldo Cândido da Silva; e o Diretor Geral do Serviço Autônomo de Água e Esgoto – SAAE, Sr. Flávio Passos – apresentaram defesas respectivamente às peças nº. 39, 41 e 45, do SGAP.

Ato contínuo, os autos retornaram à 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios que, em razão da ausência de contratos firmados, encaminhou os autos a esta Coordenadoria para análise de defesa. É o que se passa a fazer.

2. ANÁLISE DE DEFESA

2.1 Apontamento da Denunciante:

Da vedação da taxa negativa.

2.1.1. Alegações da Denunciante:

Por meio da petição inicial, a empresa BK Instituição de Pagamento LTDA afirmou que o certame publicado pela Prefeitura de Formiga vedou a oferta de taxa de administração negativa. Nesse sentido, inseriu, junto a exordial, um e-mail enviado pela Prefeitura, declarando a proibição do deságio.

Aduziu, nesse sentido, que a Lei nº 14.442/2022 não é aplicável à administração pública, e que a proibição de taxa negativa vai contra a finalidade almejada pelas licitações públicas, que é a seleção da proposta mais vantajosa, uma vez que tem o condão de restringir a competitividade.

Da mesma forma, acrescentou que, em decorrência da vedação da taxa negativa, as licitantes irão ofertar proposta com taxa de 0%, ocorrendo o empate entre elas, tendo como consequência a seleção da proposta por meio de sorteio, em violação aos critérios previstos no art. 43 da Lei 8666/93, e ao art. 4º da Lei 10.520/2002, por suprimir a etapa de lances.

Para mais, asseverou que o art. 40, inciso X, da Lei nº 8666/93 veda a fixação de preços mínimos, tendo, inclusive, o Tribunal de Contas de Santa Catarina reconhecido que a proibição da Taxa Negativa viola a disposição do art. 40, inciso X, da Lei Geral de Licitações.

2.1.2 Entendimento da Unidade Técnica em análise inicial:

Em sede de análise inicial, a 1ª Coordenadoria de Fiscalização dos Municípios registrou que possui entendimento pela inaplicabilidade, à administração pública estatutária, das disposições

da Lei 6.321/1976, alterada pela Lei 14.442/2022, que vedam a previsão de taxas de administração negativas em editais como o analisado.

Entretanto, a Unidade Técnica se manifestou pela improcedência do apontamento, uma vez que o Edital de Chamamento Público nº. 001/2023 não contém cláusula que veda a apresentação de taxa de administração negativa.

Nos termos do parecer, não é possível saber se o e-mail apresentado pela Denunciante seria relacionado ao Chamamento Público em análise.

Sugeriu, nesse sentido, o arquivamento dos autos.

2.1.3 Entendimento do Ministério Público de Contas em manifestação preliminar:

Em sede de manifestação preliminar, o Ministério Público de Contas também se posicionou pela proibição de vedação taxas de administração negativas em editais como o analisado.

Divergiu, todavia, da Unidade Técnica, afirmando que seria necessária a oitiva da administração Municipal para verificar se houve, de fato, proibição de apresentação de taxas negativas, de forma que não seria possível se manifestar, de plano, pela improcedência do apontamento.

2.1.4 Defendentes:

- Milena Ribeiro da Silva – CPF 105.933.086-54, Secretária Municipal de Administração e Desenvolvimento Econômico de Formiga;
- Ronaldo Cândido da Silva – CPF 385.437.886-68, Superintendente Executivo do Instituto de Previdência dos Servidores Públicos Municipais de Formiga – PREVIFOR;
- Flávio Passos – CPF 319.530.186-53, Diretor Geral do Serviço Autônomo de Água e Esgoto – SAAE.

2.1.5 Razões de defesa:

Em sua defesa (peças nº. 39, 41 e 45, SGAP), os Responsáveis afirmaram que o benefício de Vale Alimentação foi instituído no Município pela Lei Municipal nº. 4.803, de 12 de junho de 2013, e tem por objetivo proporcionar aos servidores melhores condições nutricionais, além de garantir maior capacidade produtiva, o que reflete de maneira positiva na qualidade de vida e realizações pessoais.

Informaram que em 2021 foi realizado o Processo Licitatório nº 114 – Pregão Eletrônico nº 95/2021, cuja empresa vencedora foi a Convênios Card Ltda., que apresentou proposta a uma

taxa de (-)17,1%, negativa, o qual gerou o Contrato de Prestação de Serviços nº 76/2021. Contudo, conforme cópias do Processo Licitatório (pela nº. 40, SGAP), a empresa não realizou os repasses financeiros à rede credenciada, o que teria gerado problemas aos servidores, haja vista que grande parte da rede credenciada deixou de aceitar a utilização dos cartões.

Em decorrência dos atrasos nos repasses, a Administração rescindiu o Contrato de Serviços nº. 76/2021, e optou por realizar Chamamento Público, nos moldes da Lei nº. 13.019/2014, que define o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as Organizações da Sociedade Civil - OSC, para a consecução de finalidades de interesse público.

2.1.6 Análise das razões de defesa:

Conforme afirmado pela 1ª CFM em análise inicial, este Tribunal tem entendimento de que, nos certames que abrangem taxas de administração, é permitida a previsão de ofertas de taxas iguais ou menores a zero.

Isso porque a apresentação de ofertas de taxa de administração de valor negativo, por si só, não torna as propostas inexequíveis, devendo ser averiguada a compatibilidade da taxa oferecida em cada caso concreto, a partir de critérios objetivos.

Nesse sentido, há muito decidiu o Tribunal de Contas da União, em Acórdão nº. 1.034/2012-Plenário, de relatoria do Min. Raimundo Carreiro, matéria extraída do Informativo sobre Licitações e Contratos nº. 104 do TCU¹:

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

1. Representação formulada por [...], 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 [...], em razão de haverem 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 disposto no comando contido no art. 4º, inciso XVII, da Lei nº 10.520/2002, que o pregoeiro não deveria ter realizado “precocemente” o referido sorteio, mas sim negociado com as citadas empresas, a fim de obter proposta ainda melhor. 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

¹ Disponível em

<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A14DB4AFB3014DBB3C741B3347&inline=1>. Acesso em 23/03/2022.

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”. Acórdão n.º 1.034/2012-Plenário, TC 010.685/2011-1, rel. Min. Raimundo Carreiro, 2.5.2012. (negrito no original)

O mesmo entendimento foi exarado no Acórdão n.º. 552/2008 – TCU, no qual o Ministro-Revisor do TCU, Aroldo Cedraz, em seu voto, afirmou:

8.1. Ressalta que a admissão de propostas com taxa de administração irrisória ou negativa não torna o contrato inexequível, visto que a prestadora dos serviços pode obter como receita própria não apenas a taxa de administração, mas também o resultado das aplicações do montante dos benefícios durante o período compreendido entre a sua disponibilização pela contratante e o repasse à rede credenciada e, ainda, pela cobrança de “comissão” dos estabelecimentos. Acrescenta que o risco de inexequibilidade deve ser diminuído com a exigência de garantias compatíveis com o volume de recursos que seriam intermediados pela prestadora dos serviços.

E, mais recentemente, no Acórdão 1623/2018, de Relatoria do Ministro Benjamin Zymler, por meio do qual o TCU registrou a seguinte tese sobre a permissão de taxas negativas:

(...) 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. (Acórdão 1.623, Relatoria Benjamin Zymler, Plenário, sessão 18/07/2018).

Na mesma esteira, já decidiu esta Corte de Contas, nos autos da Denúncia n.º. 1054061, de relatoria do Conselheiro Cláudio Terrão, Sessão da Segunda Câmara, do dia 17/9/2020:

DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. PREFEITURA MUNICIPAL. REGISTRO DE PREÇOS. PRELIMINAR PROCESSUAL. PERDA DE OBJETO. REJEITADA. MÉRITO. IRREGULARIDADES. SANÇÃO DE SUSPENSÃO TEMPORÁRIA E IMPEDIMENTO DE CONTRATAR. ABRANGÊNCIA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. OFERTA DE VALOR ZERO OU NEGATIVO. POSSIBILIDADE. IMPOSIÇÃO DE APRESENTAÇÃO DE REDE CREDENCIADA ANTES DA CONTRATAÇÃO. ANÁLISE DO CASO CONCRETO. PROCEDÊNCIA. APLICAÇÃO DE MULTA. RECOMENDAÇÃO.

[...]

2. A apresentação de ofertas de valor zero ou negativo, por si só, não tornam as propostas inexequíveis, devendo ser verificada a compatibilidade da taxa ofertada a partir de critérios objetivos, no caso concreto.

II – FUNDAMENTAÇÃO

[...]

B) Da vedação de ofertas de taxa de administração com percentual zero ou negativo (subitem 5.2.6 do edital)

[...]

De fato, a exequibilidade da taxa de administração ofertada pelos participantes deve ser aferida por meio de critérios objetivos no caso concreto, **não devendo o município vetar, de plano, a oferta de valor zero ou negativo, sob pena de afastar participantes que conseguem praticar tal precificação sem que haja comprometimento de suas respectivas remunerações.**

Nesse cenário, considero procedente a presente denúncia, oferecida pela Prime Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda. – EPP, no que se refere ao subitem 5.2.6 do ato convocatório.

Todavia, diante da comprovada correção editalícia promovida pela municipalidade, conforme acima colacionado, deixo de responsabilizar os gestores. (G.n.)

Feitas essas considerações, esta Unidade Técnica entende que a taxa de administração negativa é uma prática comum no mercado, que favorece a competitividade do certame e o interesse público.

Quanto à proibição decorrente do art. 3º da Medida Provisória 1.108/2022² – que foi convertida na Lei nº. 14.442/2022 – cabe menção ao acórdão da Denúncia nº. 1120086, de relatoria do Conselheiro Substituto Telmo Passareli, por meio da qual a 2ª Câmara deste Tribunal se posicionou pela inaplicabilidade da referida norma, deferindo a medida cautelar pleiteada naquela ocasião, tendo em vista a vedação irregular à oferta de taxa negativa:

Tendo em vista os precedentes citados, não há dúvida de que a proibição, por parte da Administração, de apresentação de propostas de taxas negativas, em licitações destinadas ao fornecimento de vale-refeição ou alimentação, é, de há muito, considerada irregular tanto por este Tribunal de Contas quanto pelo Tribunal de Contas da União.

Esse entendimento, a meu ver, não se modifica com a publicação da MP 1.108/2022, haja vista que esta norma dispõe exclusivamente sobre alterações no âmbito da CLT e da Lei 6.321/1976, que institui e regulamenta o Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT).

Conforme já decidiu a Segunda Câmara deste Tribunal, no julgamento da Denúncia 1031545, de relatoria do Conselheiro Wanderley Ávila, não há obrigatoriedade do cadastro no PAT das empresas prestadoras de serviços de administração e emissão de cartão eletrônico para aquisição de alimentos. No caso dos autos, inclusive, não foi exigida a comprovação de inscrição no PAT.

[...]

Sendo assim, num primeiro momento, considerando a atual jurisprudência do TCU e deste Tribunal de Contas, os quais, conforme mencionado acima, posicionam-se pela aceitação da taxa de administração negativa, uma vez que aparenta ser mais benéfica para obtenção de melhores condições de contratação, entendo que assiste razão à denunciante. (G.N.)

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

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

Menciona-se, também, o entendimento adotado na Denúncia nº. 1121133, também de relatoria do Conselheiro Substituto Adonias Monteiro, Sessão da Primeira Câmara, do dia 13/12/2022:

DENÚNCIA. PREGÃO ELETRÔNICO. REGISTRO DE PREÇOS. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE ADMINISTRAÇÃO, GERENCIAMENTO, EMISSÃO E FORNECIMENTO DE VALE ALIMENTAÇÃO. TAXA DE ADMINISTRAÇÃO NEGATIVA. MEDIDA PROVISÓRIA N. 1.108/2022. IMPROCEDÊNCIA. PREVISÃO DE PAGAMENTO EM ATÉ TRINTA DIAS DA ENTREGA DO OBJETO. PARTICULARIDADES DO REGIME DE PAGAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IMPROCEDÊNCIA. ARQUIVAMENTO.

1. Nos certames para fornecimento de vale refeição ou alimentação, o oferecimento de proposta com taxa de administração zero ou negativa é regular, consoante jurisprudência desta Corte e do Tribunal de Contas da União.

2. A edição da Medida Provisória n. 1.108/2022, posteriormente convertida na Lei n. 14.442/2022, não obsta a aceitação de taxa de administração negativa em procedimentos licitatórios direcionados à contratação de empresa para fornecimento de vale alimentação, uma vez que tal normativo dispõe exclusivamente sobre alterações no âmbito da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e da Lei n. 6.321/1976, que institui e regulamenta o Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT. (G.n.)

E mais recentemente:

DENÚNCIA. PREGÃO ELETRÔNICO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO, GERENCIAMENTO, EMISSÃO E FORNECIMENTO DE CRÉDITOS PARA ALIMENTAÇÃO E REFEIÇÃO, POR MEIO DE CARTÕES ELETRÔNICOS OU MAGNÉTICOS. VEDAÇÃO DE OFERTAS DE TAXA DE ADMINISTRAÇÃO NEGATIVA. LEI N.º 14.442/2022. PREVISÃO DE PAGAMENTO EM ATÉ TRINTA DIAS A PARTIR DA ENTREGA DO OBJETO. IMPROCEDÊNCIA. ARQUIVAMENTO. 1. Nos certames licitatórios destinados ao fornecimento de cartões de vale-refeição ou alimentação, é lícita, em regra, a fixação de taxas de administração negativas, conforme sedimentado na jurisprudência desta Corte de Contas. 2. As regras insertas na Lei n. 14.442/2022 possui aplicabilidade restrita ao âmbito das contratações regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, devendo ser observadas por órgão ou entidade inscrito no Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT e que possuir agentes públicos vinculados ao regime celetista. (Denúncia nº. 1141466, Rel. Cons. Subst. Hamilton Coelho, 2ª Câmara. Acórdão publicado em: 16/05/2023)

De fato, as disposições da Lei nº. 14.442/2022 referem-se ao pagamento de vale-alimentação no âmbito da Consolidação das Leis de Trabalho – em regime de emprego – enquanto os servidores do Município e de suas autarquias se submetem ao regime jurídico único, dos servidores da administração direta municipal, conforme o art. 39 da CF/88³.

³ Vide ADI n. 2.135-DF, que suspendeu a redação dada ao art. 39 pela EC 19/1998.

Além disso, em análise à Exposição de Motivos da MP 1.108/2022⁴, depreende-se que a previsão de vedação de “qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado”, prevista na nova redação do art. 1º da Lei 6.321/1976⁵, foi justificada com base em um “duplo benefício” que seria garantido às pessoas jurídicas beneficiárias de isenção tributária para implementar o Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT):

Outra consequência adversa do modelo de arranjos de pagamento no âmbito do Programa de Alimentação do Trabalhador é a possibilidade de concessão de taxas negativas ou deságio, pelas empresas emissoras dos vales refeição e alimentação, às pessoas jurídicas beneficiárias que recebem isenção tributária para implementar programas de alimentação a seus trabalhadores. Essa prática deturpa a política pública ao beneficiar duplamente as empresas beneficiárias. Ao conceder taxas negativas às pessoas jurídicas beneficiárias, as empresas facilitadoras de aquisição de refeições e gêneros alimentícios equilibram essa “perda” exigindo altas taxas dos estabelecimentos comerciais credenciados, que de fato proveem a alimentação. Os trabalhadores, por sua vez, que deveriam ser os maiores beneficiários da política pública, se viram deslocados para a margem da política, enquanto as pessoas jurídicas beneficiárias ocupam o centro dela, ao ser beneficiado duplamente, com a isenção do imposto de renda e com as taxas de deságio concedidas pelas facilitadoras contratadas. (G.N.)

Ocorre que, tratando-se de servidores públicos estatutários, não há que se falar em isenção de imposto sobre a renda de pessoas jurídicas, haja vista a imunidade tributária conferida pelo art. 150, VI, “a” e §2º, da CF/88.

Em suma, o entendimento desta Corte de Contas é de que a Lei nº. 14.442/2022 não possui aplicabilidade em órgãos da Administração Pública cujos servidores estejam submetidos ao regime estatutário, por não receberem o auxílio previsto na CLT e pelo fato de o órgão em questão não fazer jus à isenção tributária relacionada ao PAT.

Este entendimento, contudo, não é unânime e encontra divergências em outros Tribunais de Contas do país.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE/SP)⁶ e o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo (TCE/ES)⁷, em recentes decisões, entenderam pela possibilidade de vedação à apresentação de taxa negativa em editais da administração pública direta, autárquica e

⁴ Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9096163&ts=1662385103875&disposition=inline>

⁵ 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 Lei Federal 14.442/2022)

⁶ Processo TC-010031.989.22-1, j. 11/05/2022, Relator Sidney Estanislau Beraldo.

⁷ Parecer em Consulta nº. 00009/2023-1, Plenário, j. 28/04/2023, Relator Rodrigo Coelho do Carmo.

fundacional – posicionamento que diverge do adotado no Tribunal de Contas de Minas Gerais (TCE/MG).

Para tanto, os julgados se pautaram na teoria geral dos contratos e nos dispositivos principiológicos da Constituição Federal de 1988 para estender as disposições da Lei nº. 14.442/2022 à administração pública. No entendimento destes Tribunais, a permissão de taxas negativas acaba por afetar os fornecedores de alimentação e os servidores beneficiários – partes mais frágeis da transação. Nos termos da Consulta do TCE/ES:

CONSULTA – CONHECER – MEDIDA PROVISÓRIA 1.108/2022 – LEI 14.442/2022 – INAPLICABILIDADE AOS ENTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – 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 – DIVERGIR PARCIALMENTE OS TERMOS DA INSTRUÇÃO TÉCNICA DE CONSULTA 34/2022 – MODULAÇÃO DE EFEITOS – DAR CIÊNCIA – ARQUIVAR. 1- 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 e 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.

2- 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 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.

(G.N.)

Entendimento semelhante também foi adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP, conforme julgado retirado do portal Zênite Fácil:

O TJ/SP julgou sobre a possibilidade de o edital de licitação prever a proibição da taxa de administração negativa na contratação de fornecimento e manutenção de auxílio-alimentação, através de cartão magnético. O relator analisou que a vedação decorre especificamente da previsão da “Lei 14.442/2022 que estabelece que em seu art. 3º que 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 qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado’”. Segundo o julgador, “a finalidade da lei é a de impedir o dano social decorrente da prática da taxa negativa. O deságio é primeiramente transferido para fornecedores de alimentação/refeição e assim será inexoravelmente repassado aos trabalhadores, seja por meio do aumento de preço dos produtos, seja por acarretar no recebimento dos benefícios em valores que não condizem com os de mercado”. Dessa forma, concluiu que a vedação “visa priorizar o interesse do usuário, impedindo-o de suportar o custo da taxa negativa. Plenamente aplicáveis as disposições legais para os licitantes, integrantes ou não do PAT (Programa de Alimentação do Trabalhador). Isto porque não há qualquer distinção legal atribuída pela norma, tampouco interesse público que justifique o afastamento da vedação”. No mesmo sentido: Processos nºs 009245.989.22-3; TC-010031.989.22-1; TC-012746.989.22-1 e TC-5627.989.22-1. (TJ/SP, Apelação Cível nº 1008607-64.2022.8.26.0664, Rel. Des. Fernão Borba Franco, j. em 22.02.2023.)

Todavia, *data vênia* o entendimento dos Tribunais de São Paulo e Espírito Santo, como afirmado anteriormente, esta Unidade Técnica reafirma o seu entendimento de que a MP nº. 1.108/2022, convertida na Lei nº. 14.442/2022, se aplica apenas às pessoas jurídicas empregadoras regidas pelas regras celetistas (conforme a Ementa da Lei⁸), que são beneficiadas pela possibilidade de dedução do imposto de renda calculado sobre o lucro tributável.

Além disso, no caso da administração pública estatutária, os princípios licitatórios da escolha da proposta mais vantajosa e da competitividade também devem ser observados – de forma que a extensão ao regime estatutário de regra prevista para o regime celetista, por simples interpretação principiológica, pode resultar em postura demasiadamente proativa dos Tribunais de Contas, em interpretação que extrapola os limites da Lei nº. 14.442/2022, além de representar intromissão indevida na formulação dos preços pelas empresas licitantes, atividade tipicamente privada.

Por essas razões, haja vista o entendimento deste Tribunal de que a MP 1.108/2022, convertida na Lei nº. 14.442/2022, versa exclusivamente sobre o auxílio alimentação previsto na CLT e sobre os programas de alimentação do trabalhador, disciplinados pela Lei Federal nº. 6.321/1976; verificando-se, ainda, que objeto da presente licitação se refere ao fornecimento de cartões de auxílio-alimentação para os servidores públicos estatutários do Município de Formiga e das autarquias SAAE e PREVIFOR, também submetidas ao regime de direito

⁸ Dispõe sobre o pagamento de auxílio-alimentação ao empregado 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 1º de maio de 1943.

público, entende esta Unidade Técnica ser inaplicável a vedação de descontos negativos ao caso em análise.

Por fim, ressalta esta Unidade Técnica que, apesar de questionados pelo Ministério Público de Contas, os gestores municipais não se manifestaram sobre o e-mail inserido na peça inicial pela Denunciante, em que a Secretária Municipal de Administração e Desenvolvimento, Milena Ribeiro da Silva, informa que “*a taxa negativa não pode ser aplicada, nos termos do inciso I do artigo 3º da Medida Provisória nº. 1.108/2022*”.

No entanto, como o próprio Edital trouxe em suas justificativas a informação de que a Prefeitura Municipal teve problemas com os repasses financeiros da empresa Convênios Card Ltda., vencedora do Pregão Eletrônico nº. 95/2021, em função da proposta de taxa negativa de 17,1% e diante do contexto geral dos autos e da omissão dos gestores em prestar esclarecimentos sobre esse ponto e juntar as cópias integrais do procedimento licitatório - entende esta Unidade Técnica existirem indícios razoáveis de que a Secretária Municipal teria, de fato, vedado a oferta de taxa negativa.

Isto posto, manifesta-se esta Unidade Técnica pela **procedência** deste apontamento.

2.1.6 Conclusão da análise de defesa:

Pela rejeição das alegações de defesa.

2.1.7. Sugestão de Medida

Esta Unidade Técnica indica como responsável a Sra. Milena Ribeiro da Silva, CPF 105.933.086-54, Secretária Municipal de Administração e Desenvolvimento Econômico de Formiga, por informar a licitante, via e-mail, que não seriam permitidas taxas de administração negativas no Edital de Chamamento Público nº. 001/2023 – vedação que vai de encontro ao entendimento deste Tribunal de Contas.

Todavia, em razão da existência de divergência entre os próprios Tribunais de Contas acerca da aplicabilidade à administração pública direta, autárquica e fundacional da vedação prevista no art. 3º da Medida Provisória 1.108/2022 (que foi convertida na Lei nº. 14.442/2022) – esta Unidade Técnica entende que **não** restou caracterizado **erro grosseiro**, apto a ensejar a aplicação de penalidade à gestora, conforme a interpretação dada ao art. 28 do Decreto-Lei

4657/1942 (LINDB) pelos recentes julgados do Tribunal de Contas da União⁹ e deste Tribunal de Contas¹⁰.

2.2 Aditamento do Ministério Público:

Da irregularidade da utilização de chamamento público para celebração de termo de cooperação com OSC objetivando o fornecimento de cartão alimentação.

2.2.1 Entendimento do Ministério Público de Contas em manifestação preliminar:

Em sede de manifestação preliminar, o representante Ministério Público de Contas afirmou que a Prefeitura de Formiga, o SAAE e a PREVIFOR publicaram edital de chamamento público visando à *“seleção de organização da sociedade civil interessada em celebrar Termo de Colaboração que tenha por objeto a execução de projeto de manutenção do Vale-Alimentação, através da prestação de serviços de fornecimento e administração de cartões magnéticos de Vale-Alimentação, com senha pessoal, para atender aos três entes”*.

O *parquet* entendeu, todavia, que as entidades não utilizaram de instrumento adequado para suprir sua necessidade administrativa, qual seja: o fornecimento e a administração de cartões magnéticos de vale alimentação para os servidores municipais.

Isso porque os entes públicos, ao contratar terceiros para suprir suas demandas, devem resguardar a observância dos princípios que regem a administração pública, em particular o art. 37, inciso XXI, da Constituição da República de 1988, que prevê que, ressalvados os casos especificados na legislação, *“as obras serviços, compras e alienações deverão ser contratados mediante procedimento de licitação pública que assegure igualdade de condições aos concorrentes”*.

E, no entendimento ministerial, a demanda da administração pelo fornecimento e administração de cartões magnéticos de vale alimentação deve ser suprida por meio da contratação de empresa intermediadora, precedida de licitação – não sendo cabível a celebração de parceria entre a administração pública e organização da sociedade civil, por meio de termo de colaboração.

Ainda nos termos do parecer, a Lei Federal nº. 13.019/2014, na qual se embasa o chamamento público em análise, *“institui normas gerais para as parcerias entre a administração pública e organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de*

⁹ Vide Acórdão nº 2.012/2022, 2ª Câmara, Relatoria Antônio Anastasia, s. 03/05/2022.

¹⁰ Vide Denúncia n. 1088751. Rel. Cons. Wanderley Ávila. Sessão do dia 02/06/2022. Disponibilizada no DOC do dia 07/06/2022. Colegiado. Segunda Câmara.

finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação”. A norma, denominada Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (MROSC), não se prestaria à mera contratação de serviços pela administração, como objetiva a Administração municipal.

*Nas palavras do **parquet**, “o MROSC tem por objetivo fornecer instrumentos para que a administração pública estabeleça relação jurídica com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidade de interesse público e recíproco. As organizações da sociedade civil atuam historicamente ao lado do Estado, cooperando na prestação de serviços públicos indispensáveis como saúde, educação e assistência social, entre outros serviços essenciais à coletividade”.*

O fornecimento e administração de cartão alimentação não poderia, portanto, ser considerado caso de interesse público recíproco entre a administração municipal e uma organização da sociedade civil, em parceria a ser firmada à prestação de serviços públicos indispensáveis. O objeto do certame também não se compatibilizaria com as diretrizes fundamentais do regime jurídico de parceria, previstas no art. 6º da Lei Federal nº. 13.019/2014.

Assim, o Chamamento Público n. 001/2023 padece de vício insanável, seja em decorrência da burla ao dever de licitar, seja pela aplicação indevida da Lei Federal nº. 13.019/2014.

2.2.2 Responsáveis indicados pelo **parquet:**

O Ministério Público de Contas indicou como responsáveis a Secretária Municipal de Administração e Desenvolvimento Econômico de Formiga, Sra. Milena Ribeiro da Silva; o Diretor Geral do Serviço Autônomo de Água e Esgoto – SAAE, Sr. Flávio Passos; e o Superintendente Executivo do Instituto de Previdência dos Servidores Públicos Municipais de Formiga – PREVIFOR, Sr. Ronaldo Cândido da Silva,

2.2.3 Defendentes:

- Milena Ribeiro da Silva – CPF 105.933.086-54, Secretária Municipal de Administração e Desenvolvimento Econômico de Formiga;
- Ronaldo Cândido da Silva – CPF 385.437.886-68, Superintendente Executivo do Instituto de Previdência dos Servidores Públicos Municipais de Formiga – PREVIFOR;
- Flávio Passos – CPF 319.530.186-53, Diretor Geral do Serviço Autônomo de Água e Esgoto – SAAE;

2.2.4 Razões de defesa:

Em sua defesa (peças nº. 39, 41 e 45, SGAP), os Responsáveis afirmaram que o benefício de Vale Alimentação foi instituído no Município pela Lei Municipal nº. 4.803, de 12 de junho de 2013, e tem por objetivo proporcionar aos servidores melhores condições nutricionais, além de garantir maior capacidade produtiva, o que reflete de maneira positiva na qualidade de vida e realizações pessoais.

Informaram que em 2021 foi realizado o Processo Licitatório nº 114 – Pregão Eletrônico nº 95/2021, cuja empresa vencedora foi a Convênios Card Ltda., que apresentou proposta a uma taxa de (-)17,1%, negativa, o qual gerou o Contrato de Prestação de Serviços nº 76/2021. Contudo, conforme cópias do Processo Licitatório (pela nº. 40, SGAP), a empresa não realizou os repasses financeiros à rede credenciada, o que teria gerado problemas aos servidores, haja vista que grande parte da rede credenciada deixou de aceitar a utilização dos cartões.

Em decorrência dos atrasos nos repasses, a Administração rescindiu o Contrato de Serviços nº. 76/2021, e optou por realizar Chamamento Público, nos moldes da Lei nº. 3.019/2014, que define o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as Organizações da Sociedade Civil - OSC, para a consecução de finalidades de interesse público.

Segundo os defendentes, as entidades participantes não terão fins lucrativos, de forma que o patrimônio auferido mediante o exercício de suas atividades será aplicado integralmente na consecução do seu respectivo objeto social, que seria o de promover da melhor forma o interesse público, pela melhora na alimentação dos servidores e pelo fomento à economia local, com geração de riquezas na própria municipalidade.

Subsidiariamente, os Responsáveis buscam afastar eventual sanção a ser aplicada por este Tribunal de Contas, afirmando que a prefeitura buscou a melhor forma de garantir o interesse público, não estando caracterizados danos ao erário, enriquecimento ilícito, ou má-fé por parte dos gestores.

2.2.5 Análise das razões de defesa:

Neste tópico, o entendimento desta Coordenadoria vai ao encontro do entendimento do Ministério Público de Contas trazido em manifestação preliminar.

Como afirmado pelo *Parquet*, as parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, reguladas pela Lei Federal nº. 13.019/2014, se destinam a consecução de

finalidades de interesse público e recíproco, mediante projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho – não se prestando à mera contratação de serviços pela administração.

As referidas parcerias se relacionam ao exercício de serviços públicos indispensáveis, como saúde, educação e assistência social, em cooperação entre o Estado e as entidades do terceiro setor.

O fornecimento e administração de cartão alimentação – serviço comum, tipicamente empresarial – não pode, portanto, ser considerado caso de interesse público recíproco apto a ensejar parceria nos moldes da Lei Federal nº. 13.019/2014. Isso porque, em última análise, qualquer tipo de contratação pública tem como fim o interesse público dos administrados. Devem, portanto, ser obedecidas as diretrizes fundamentais, previstas no art. 6º da citada Lei.

Também tem razão o Ministério Público de Contas ao afirmar que a realização de chamamento público, no caso em análise, representa burla ao dever de licitar, insculpido no art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988.

Isto posto, esta Unidade Técnica ratifica o entendimento do Ministério Público de Contas, pela irregularidade da utilização de chamamento público para celebração de termo de cooperação com OSC objetivando o fornecimento de cartão alimentação.

2.2.6 Conclusão da análise da defesa:

Pela rejeição das alegações de defesa.

2.2.7 Sugestão de Medida

Em sua análise, o *Parquet* indicou como responsáveis a Secretária Municipal de Administração e Desenvolvimento Econômico de Formiga, Sra. Milena Ribeiro da Silva; o Diretor Geral do Serviço Autônomo de Água e Esgoto – SAAE, Sr. Flávio Passos; e o Superintendente Executivo do Instituto de Previdência dos Servidores Públicos Municipais de Formiga – PREVIFOR, Sr. Ronaldo Cândido da Silva – todos subscritores do Edital.

Ao publicarem Chamamento Público para celebração de Termo de Cooperação com OSC, para a delegação de objeto incompatível com a destinação das parcerias previstas na Lei Federal nº. 13.019/2014, os Responsáveis agiram em afronta ao dever de cuidado objetivo que deles se esperava, considerando-se o nível normal (médio ou mediano) de diligência esperado do agente público, estando, portanto, caracterizado **erro grosseiro**, conforme a interpretação dada ao art.

28 do Decreto-Lei 4657/1942 (LINDB) pelos recentes julgados do Tribunal de Contas da União¹¹ e deste Tribunal de Contas¹².

Atrai-se, portanto, a responsabilização dos agentes públicos, motivo pelo qual esta Unidade Técnica se manifesta pela aplicação de multa por ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial nos termos do art. 85, *caput* e inciso II, da Lei Complementar Estadual nº. 102/2008 c/c Portaria nº 16/Pres./16.

3. CONCLUSÃO

Após a análise, esta Unidade Técnica se manifesta:

- Pela **rejeição** das razões de defesa apresentadas pelos defendentes quanto aos seguintes apontamentos:
 - ✓ Da vedação da taxa negativa;
 - ✓ Da irregularidade da utilização de chamamento público para celebração de termo de cooperação com OSC objetivando o fornecimento de cartão alimentação.

4. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Diante do exposto, propõe esta Unidade Técnica:

- O encaminhamento dos autos ao Ministério Público de Contas, para manifestação conclusiva;
- Ao final, a aplicação da sanção de multa, prevista no art. 85, II, da Lei Complementar Estadual nº 102/2008, nos termos propostos nesta análise.

Belo Horizonte, 15 de junho de 2023.

Lucas de Castro Lima

Analista de Controle Externo

TC 3318-6

¹¹ Vide Acórdão nº 2.012/2022, 2ª Câmara, Relatoria Antônio Anastasia, s. 03/05/2022.

¹² Vide Denúncia n. 1088751. Rel. Cons. Wanderley Ávila. Sessão do dia 02/06/2022. Disponibilizada no DOC do dia 07/06/2022. Colegiado. Segunda Câmara.