



TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Conferência em www.tcees.tc.br
Identificador: A1FBA-1B16F-86410



Decisão 04007/2022-1 - Plenário

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 03449/2022-1

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: ALES - Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo

Relator: Marco Antônio da Silva

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)

**REPRESENTAÇÃO – ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – FORNECIMENTO
DE VALE ALIMENTAÇÃO – TAXA ADMINISTRATIVA
NEGATIVA OU ZERO – CONSULTA – IDENTIDADE
DE TEMA - SOBRESTAMENTO DOS AUTOS - DAR
CIÊNCIA.**

VOTO DO RELATOR

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER:

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de Representação, com pedido cautelar, apresentada pela empresa UP BRASIL ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA, em face da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo, relatando possíveis irregularidades no Edital Pregão Eletrônico nº 016/2022, cujo objeto é a contratação de empresa especializada em administração e fornecimento de auxílio alimentação e refeição por meio de cartão magnético com chip de segurança e senha individual.

O representante alega, em síntese, que constam no edital: a) aceitação de taxa de administração negativa, prevista no item 2.16; b) a forma pós-paga atribuída como procedimento para pagamento, prevista no item 6.1, ambos da Minuta Contratual (ANEXO VII do Edital PE 16/2022). Nesse sentido, aponta que as referidas exigências são vedadas pela Medida Provisória 1.108/22, sob pena de aplicação de multa pecuniária.

Após a admissibilidade da representação e notificação, realizada por meio da Decisão Monocrática 475/2022-1, os responsáveis apresentaram Defesa/justificativa e peças complementares de suporte.

Consequente, encaminhados os autos para o Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações – NOF, foi elaborada a Manifestação Técnica 091/2022-1, sugerindo o indeferimento da medida cautelar.

Através da Decisão Plenária nº 01871/2022-6, foi indeferida a medida cautelar pleiteada, e estabelecida a aplicação do rito ordinário aos autos. Ainda, foi determinada a oitiva dos responsáveis para que se manifestassem sobre o teor da decisão.

Após, os autos do presente processo foram remetidos para o Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações – NOF, que elaborou a Instrução Técnica Conclusiva 02841-2022-7 opinando pela improcedência da presente Representação.

O Ministério Público de Contas através do Procurador Luís Henrique Anastácio da Silva elaborou o Parecer nº 04126/2022-7 acompanhando o entendimento técnico. É o sucinto relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

Considerando que se encontram presentes os requisitos de admissibilidade, ratifico os termos da Decisão Monocrática 00475/2022-1:

(...) Diante da presença dos requisitos e pressupostos de admissibilidade, decido pelo recebimento da presente representação.

(...)

Ante o exposto, **DECIDO**:

CONHECER a presente representação tendo em vista a presença dos requisitos de admissibilidade previstos nos artigos 184 e 177 c/c 186 do Regimento Interno desta Corte de Contas.

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 desacordo com a Medida Provisória nº 1.108/2022, que 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 em especial as regras dispostas pelo artigo 3º, incisos I e II. Observe:

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.

Sustenta o representante que o inciso I do art. 3º da Medida Provisória nº 1.108/2022, passou a proibir o oferecimento de margens de desconto nos preços ofertados com taxas negativas na contratação de auxílio-alimentação. Reporta ainda que o inciso II, do artigo supracitado estabelece que o pagamento deve ser feito antecipadamente à empresa contratada, contrariando o disposto no 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.

Aponta que ao analisar contratação de vale-alimentação, o Tribunal de Contas de São Paulo, teria suspenso o certame por entender que o edital estaria em desacordo com a Medida Provisória, pois, segundo o representante, a liminar em face da Câmara Municipal de Mairiporã, que não possui funcionários celetistas, não obstaría a aplicação da MP. Sustenta, ainda, que no caso mencionado, pontuou o Ministério Público de Contas, em parecer, que a condição de servidor estatutário não retiraria a finalidade da norma, que “visa combater o descompasso econômico-financeiro no mercado, com exorbitantes descontos”.

Os responsáveis, em contrapartida, sustentam que a Medida Provisória n. 1.108/2022 não é aplicável aos órgãos públicos, sendo cabível somente aos funcionários celetistas e às empresas vinculadas ao Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT, o que não seria o caso da; além de que não paga imposto de renda, não se beneficiando de isenção tributária e não paga o auxílio-alimentação disposto no § 2º do art. 457 da CLT.

Expõem que a adoção da taxa negativa implica em economia para a Administração Pública, e que no caso presente a empresa vencedora ofereceu um desconto de 5,51% (cinco vírgula cinquenta e um por cento), gerando uma economia anual da ordem de R\$ 772.151,38 (setecentos e setenta e dois mil cento e cinquenta e um

reais e trinta e oito centavos), podendo alcançar 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

Quanto ao segundo apontamento de suposta irregularidade da representante, quanto ao prazo para repasse dos valores, afirmam que não há vedação legal, em virtude da impossibilidade de a Administração Pública adiantar a remuneração do contratado antes da efetiva prestação do serviço.

No tocante à Decisão do Tribunal de Contas de São Paulo, utilizada pelo representante, aponta que:

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. O representante sustenta que os itens 2.16 e 6.1, da minuta do Contrato – anexo VII do edital PE nº 16/2022, estão em desacordo com o artigo 3º, incisos I e II, da Medida Provisória 1.108/22, que assim dispõe:

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.

Em análise à Medida Provisória 1.108/2022, verifica-se que esta trata do pagamento de auxílio-alimentação regida pela CLT, conforme se extrai da redação do seu art. 1º:

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.

Nesse sentido, observa-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 celetista, bem como para as empresas participantes do Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT. Em contrapartida, no âmbito administrativo, o auxílio-alimentação advém, em regra, de legislação própria.

No caso apresentado, o serviço licitado para fins do fornecimento do auxílio-alimentação tem como amparo legal os artigos 88, inciso II e art. 90, da Lei Complementar Estadual nº 46/1994. Logo, trata-se de um direito subjetivo do servidor, cuja obrigatoriedade de pagamento é do Poder Legislativo Estadual.

Em contrapartida, o auxílio-alimentação previsto pelo artigo 457, § 2º, da CLT, tratado pela MP 1.108/2022, não se trata de um direito subjetivo do trabalhador, mas de uma opção do empregador pela sua concessão, que quando implementado é beneficiado por meio de incentivos fiscais (art. 1º da Lei 6.321/1976). Nestes casos, em síntese, o empregador que adere ao Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT, que é optante pela tributação com base no lucro real, pode deduzir parte das despesas com o PAT do imposto de renda.

Assim, 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, sendo, portanto, inaplicável aos órgãos públicos, visto que não se enquadram como pessoa beneficiária do PAT.

Portanto, as restrições impostas pela Medida Provisória 1.108/22 e pelo Decreto nº 10.854/2021 são inaplicáveis às pessoas jurídicas de direito público, as quais dispõe de regime jurídico próprio, sobretudo no âmbito das contratações públicas por meio de procedimentos licitatórios, a qual se destina à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, consoante artigo 3º, da Lei. 8.666/1993.

Esse é o entendimento adotado recentemente pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná, no sentido da inaplicabilidade do Decreto 10.854/2021 aos órgãos públicos, haja vista não serem 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

(...)

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.

(...)

Em Consulta formulada pela Câmara Municipal de Guarapari, nos autos do Processo TC 3942/2022, esta Corte de Contas respondeu à questionamento sobre a aplicação da MP 1.108/2022 e sua repercussão nas contratações de empresas fornecedoras e gerenciadoras de auxílio-alimentação nas licitações, apresentando a seguinte conclusão:

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.

Desta forma, a vedação da apresentação de taxa de administração negativa como pleiteia o Representante, encontra-se 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 Pública previsto no caput do artigo 3º da Lei supracitada e no art. 9º, I, “a” da Lei n. 14.133/2021 - Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

No que concerne à taxa de administração negativa ou de valor zero, ressalto que, como bem destacado pela equipe técnica, este Tribunal, em sede de representação formulada pela mesma empresa, já se manifestou quanto ao tema no Acórdão 00783/2022-4 – 2ª Câmara, no sentido que “**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”.

A título de informação, ressalto que a referida MP foi convertida em lei no dia 02 de setembro do corrente ano, resultando na Lei 14.442/2022, a qual 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.

Isto posto, 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.

Importante citar também a Portaria 1.287/2017, editada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, que dispunha sobre a vedação de cobrança, pelas empresas prestadoras, de taxas de serviço negativas às empresas beneficiárias do Programa de Alimentação do Trabalhador, e trazia em seu bojo a mesma vedação constante da MP 1.108/2022.

Todavia, o Tribunal de Contas da União – TCU, por meio do Acórdão nº 1.623/2018 – Plenário, determinou, liminarmente, ao Ministério do Trabalho, a suspensão da aplicabilidade da Portaria, por entender que esta 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 determinou a anulação da Portaria, por meio do Acórdão nº 2619/2018.

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

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

1. **CONHECER** da presente Representação, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade dos artigos 184 e 177 c/c 186 do Regimento Interno desta Corte de Contas.
2. Considerar **IMPROCEDENTE** a Representação, na forma do art. 178, I, do RITCEES, tendo em vista a não constatação de irregularidades;
3. Dar **CIÊNCIA** ao Representante do teor desta Decisão;
4. Após os trâmites regimentais, **ARQUIVAR** os autos.

DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER
Relator

VOTO VISTA

O EXMO. SR. CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO:

1. INTRODUÇÃO

Tratam os presentes autos de Representação, com pedido de medida cautelar, apresentada pela empresa UP BRASIL ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA, em face da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo - ALES, relatando possíveis irregularidades no Edital Pregão Eletrônico nº 016/2022, cujo objeto é a *contratação de empresa especializada em administração e fornecimento de auxílio alimentação e refeição por meio de cartão magnético com chip de segurança e senha individual.*

O representante alega, em síntese, algumas irregularidades no edital: 1) aceitação de taxa de administração negativa, prevista no item 2.16; 2) a forma pós-paga atribuída como procedimento para pagamento, prevista no item 6.1, ambos da minuta contratual (ANEXO VII do Edital PE 16/2022). Nesse sentido, aponta que as referidas exigências são vedadas pela Medida Provisória 1.108/22.

Na 51ª Sessão Ordinária do Plenário, ocorrida em 13/10/2022, o eminente Relator apresentou o seu voto, com o seguinte dispositivo:

1. **CONHECER** da presente Representação, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade dos artigos 184 e 177 c/c 186 do Regimento Interno desta Corte de Contas.
2. Considerar **IMPROCEDENTE** a Representação, na forma do art. 178, I, do RITCEES, tendo em vista a não constatação de irregularidades;
3. Dar **CIÊNCIA** ao Representante do teor desta Decisão;
4. Após os trâmites regimentais, **ARQUIVAR** os autos.

Na mesma sessão, solicitei vista dos autos para aprofundamento das questões debatidas, e passo a apresentar o presente voto vista, pelos fundamentos que passo a expor:

2. FUNDAMENTAÇÃO

Os presentes autos abordam supostas irregularidades no bojo do edital do Pregão Eletrônico nº 016/2022, deflagrado pela Assembleia Legislativa do Estado do Espírito - ALES, notadamente no que se refere à vedações normatizadas pela Medida Provisória 1.108/2022, recentemente convertida na Lei 14.442/2022, sem que houvesse alteração no seu texto original.

Acerca do tema, o eminente relator, acompanhando posicionamento técnico e ministerial, assim se pronunciou em seu r. voto:

[...] Sustenta o representante que o inciso I do art. 3º da Medida Provisória nº 1.108/2022, passou a proibir o oferecimento de margens de desconto nos preços ofertados com taxas negativas na contratação de auxílio-alimentação. Reporta ainda que o inciso II, do artigo supracitado estabelece que o pagamento deve ser feito antecipadamente à empresa contratada, contrariando o disposto no 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.

Aponta que ao analisar contratação de vale-alimentação, o Tribunal de Contas de São Paulo, teria suspenso o certame por entender que o edital estaria em desacordo com a Medida Provisória, pois, segundo o representante, a liminar em face da Câmara Municipal de Mairiporã, que não possui funcionários celetistas, não obstará a aplicação da MP. Sustenta, ainda, que no caso mencionado, pontuou o Ministério Público de Contas, em parecer, que a condição de servidor estatutário não retiraria a finalidade da norma, que “visa combater o descompasso econômico-financeiro no mercado, com exorbitantes descontos”.

Os responsáveis, em contrapartida, sustentam que a Medida Provisória n. 1.108/2022 não é aplicável aos órgãos públicos, sendo cabível somente aos funcionários celetistas e às

empresas vinculadas ao Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT, o que não seria o caso da; além de que não paga imposto de renda, não se beneficiando de isenção tributária e não paga o auxílio-alimentação disposto no § 2º do art. 457 da CLT.

[...]

Nesse sentido, observa-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 celetista, bem como para as empresas participantes do Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT. Em contrapartida, no âmbito administrativo, o auxílio-alimentação advém, em regra, de legislação própria.

No caso apresentado, o serviço licitado para fins do fornecimento do auxílio-alimentação tem como amparo legal os artigos 88, inciso II e art. 90, da Lei Complementar Estadual nº 46/1994. Logo, trata-se de um direito subjetivo do servidor, cuja obrigatoriedade de pagamento é do Poder Legislativo Estadual.

Em contrapartida, o auxílio-alimentação previsto pelo artigo 457, § 2º, da CLT, tratado pela MP 1.108/2022, não se trata de um direito subjetivo do trabalhador, mas de uma opção do empregador pela sua concessão, que quando implementado é beneficiado por meio de incentivos fiscais (art. 1º da Lei 6.321/1976). Nestes casos, em síntese, o empregador que adere ao Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT, que é optante pela tributação com base no lucro real, pode deduzir parte das despesas com o PAT do imposto de renda.

Assim, 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,

sendo, portanto, inaplicável aos órgãos públicos, visto que não se enquadram como pessoa beneficiária do PAT.

Portanto, as restrições impostas pela Medida Provisória 1.108/22 e pelo Decreto nº 10.854/2021 são inaplicáveis às pessoas jurídicas de direito público, as quais dispõe de regime jurídico próprio, sobretudo no âmbito das contratações públicas por meio de procedimentos licitatórios, a qual se destina à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, consoante artigo 3º, da Lei. 8.666/1993.”

Por fim, diante da fundamentação citada, concluiu o r. voto pela ausência de irregularidade no certame em voga, no sentido de que não se deve proibir o oferecimento de proposta de preço com a taxa de administração zero ou negativa, ressaltando que este Tribunal de Contas em sede de representação formulada pela mesma empresa já se manifestou sobre o tema (Acórdão 00783/2022-4 – 2ª Câmara).

Todavia, como citado pelo próprio relator, há consulta formulada pela Câmara Municipal de Guarapari – processo TC-3942/2022, cujo questionamento paira sobre o mesmo tema tratado em sede destes autos, no tocante à aplicabilidade da Medida Provisória 1.108/2022 (convertida na Lei 14.442/2022) e sua repercussão nas contratações de empresas fornecedoras e gerenciadoras de auxílio-alimentação nas licitações e contratações públicas.

A referida consulta encontra-se conclusa para julgamento neste gabinete, pautada para a 57ª Sessão Ordinária do Plenário a ocorrer em 10 de novembro do corrente. Assim, é preciso observar que a questão relacionada à aplicabilidade ou não das restrições contidas na Medida Provisória citada, recentemente convertida em lei é matéria relevante, que merece reflexão e desvelo, próprios dos contornos analíticos que demandam a consulta, considerando que há posicionamentos divergentes dos apresentados até então por esta Casa.

Dessa forma, sendo o processo TC-3942/2022 de minha relatoria, entendo que antes que esta Corte enfrente a questão que ora se apresenta, os processos que envolvam a manifestação acerca da possibilidade ou não de a administração pública

poder contratar empresas fornecedoras e administradoras de auxílio-alimentação/refeição com taxa negativa ou em deságio, **devem ser sobrestados até o julgamento da referida consulta.**

3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, divirjo do posicionamento da Área Técnica, do *Parquet* de Contas e do eminente Conselheiro relator destes autos, e, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a seguinte minuta de Decisão que submeto à sua consideração.

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

1. SOBRESTAR OS PRESENTES AUTOS, até que esta Corte se manifeste, no bojo do Processo TC 3942/22, acerca do questionamento sobre a aplicação da Medida Provisória (Lei 14.442/2022) aos órgãos da administração pública.

2. DAR CIÊNCIA aos interessados.

RODRIGO COELHO DO CARMO
Conselheiro

1. DECISÃO TC-4007/2022-1

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

1.1. SOBRESTAR OS PRESENTES AUTOS, até que esta Corte se manifeste, no bojo do Processo TC 3942/22, acerca do questionamento sobre a aplicação da Medida Provisória (Lei 14.442/2022) aos órgãos da administração pública.

1.2. DAR CIÊNCIA aos interessados.

2. Por maioria, nos termos do voto-vista do conselheiro Rodrigo Coelho do Carmo. Vencidos o então relator, conselheiro Domingos Augusto Taufner, que votou pela

improcedência da representação e arquivamento do processo (voto computado conforme art. 86, § 2º, do Regimento Interno TCEES), e o conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, que o acompanhou.

3. Data da Sessão: 24/11/2022 – 59ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (Presidente), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Manoel Nader Borges, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

4.2. Conselheiros Substitutos: Márcia Jaccoud Freitas (em substituição) e Marco Antonio da Silva (em substituição/relator nos termos do artigo 86, § 4º, Regimento Interno do TCEES)

5. Membro do Ministério Público de Contas: procurador-geral Luis Henrique Anastácio da Silva.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente