

Excelentíssimo Senhor
Conselheiro Relator RICARDO TORRES

Ref.: Relatório Conclusivo de Representação em face do Edital do Pregão Eletrônico nº 38/2023 da Câmara Municipal de São Paulo (CMSP).

1. INTRODUÇÃO

Trata o presente de Relatório Conclusivo de análise de Representação apresentada pela empresa Mega Vale Administradora de Cartões e Serviços LTDA (CNPJ nº 21.922.507/0001-72), em face do Edital do Pregão Eletrônico nº 38/2023 (processo CMSP-PAD-2023/00382), publicado pela Câmara Municipal de São Paulo (CMSP).

Referido pregão tem por objeto a “contratação de empresa especializada na prestação de serviços de administração de benefício nutricional, por meio de cartão eletrônico com chip e tarja magnética, que poderá ser utilizado para pagamento de gêneros alimentícios em hipermercados, supermercados, mercados, mercearias, padarias, comércio de laticínios e/ou frios, açougues, peixarias, hortimercado, armazéns e assemelhados para os servidores aposentados da Câmara Municipal de São Paulo”.

O certame está em andamento e **a sessão pública está prevista para ocorrer no dia 21.02.2024 às 14h30.**

A CMSP, oficiada, apresentou manifestação prévia (peças 16 a 22). O Conselheiro Relator, ao analisar o pedido de suspensão, proferiu o seguinte despacho (peça 23):

Os elementos trazidos na Representação não são suficientes para a suspensão da sessão pública prevista para o dia 21 de fevereiro de 2024, motivo pelo qual indefiro o pedido liminar.

Em atendimento ao determinado à peça 23, passamos à análise da Representação interposta e da Manifestação da CMSP, em sede de Relatório Conclusivo, conforme art. 3º, §2º, da Resolução TCMSP nº 18/19.

2. ANÁLISE

A Representante trouxe os seguintes questionamentos:

2.1. Taxa negativa prevista no item 5.5 do edital

Argumentos da Representante (peça 01 - fls. 03 a 05)

A Representante afirma ser equivocada a taxa negativa prevista no item 5.5 do edital.

5.5. O lance deverá ser ofertado pelo PERCENTUAL DE DESCONTO.

5.5.1. Será **PERMITIDA** a oferta de lances que contemple “**TAXA NEGATIVA DE ADMINISTRAÇÃO**”, tendo em vista a inaplicabilidade da Lei Federal nº 14.442/22 no âmbito desta Câmara Municipal de São Paulo. Com efeito, a referida Lei se aplica para pessoas jurídicas aderentes do Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT e contratantes de empregados celetistas. Esta Câmara Municipal de São Paulo é órgão público, que conta com servidores públicos e **NÃO** é aderente do PAT. Cumpre notar que esse tema foi objeto de análise pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo (TCMSP) que julgou **REGULAR** a adoção da taxa negativa no âmbito desta Casa Legislativa (TC/014560/2023, Conselheiro Ricardo Torres, julgado em novembro/2023).

Em seu entendimento, segundo prevê a LF nº 14.442/22 em seu artigo 3º, inciso I¹, não poderia ter sido previsto no edital qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado.

Adicionalmente, citou jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo para corroborar esse entendimento:

A princípio, observo que a permissão para taxa negativa em licitação do tipo “maior desconto global” não teria respaldo na Lei nº 14.442/22, conforme Jurisprudência desta E. Corte, daí porque reputo plausível o pedido de paralisação do certame para evitar lesão irreversível à ordem legal. (PROCESSO: TC-020332.989.23-5 – Prefeitura Municipal de Parisi).

¹ 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; [...]

Manifestação prévia da Origem (peças 16 a 22)

A CMSP trouxe, como anexos a sua manifestação, pareceres de sua Procuradoria Legislativa (peças 19, 20 e 22). Nesses documentos, é asseverada a inaplicabilidade da LF nº 14.442/22 aos certames e contratos da CMSP.

Como principais argumentos, tem-se que o Tribunal de Contas da União possui vasta jurisprudência, reafirmada em julgado posterior à Medida Provisória 1.108/22 (que deu origem à lei em comento), sobre a possibilidade de previsão de taxa de administração zero e/ ou negativa e que afirma que esse tipo de taxa, por si só, não implica inexecutibilidade.

Segundo aquela jurisprudência, uma vedação a essa possibilidade afrontaria os princípios da seleção da proposta mais vantajosa e da competitividade, dado que a remuneração das entidades coletivas de alimentação não se limita ao eventual recebimento da taxa de administração, mas também da cobrança realizada aos estabelecimentos credenciados e dos rendimentos das aplicações financeiras sobre os repasses dos contratantes, a partir do seu recebimento até o efetivo pagamento à rede conveniada.

Ainda como argumento em seu favor, a CMSP alertou para o fato de que, no Judiciário, a questão foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em recursos repetitivos, confirmando a jurisprudência do TCU e consubstanciando-se na seguinte tese: "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" (Tema Repetitivo 1.038).

Em outro Parecer apresentado pela CMSP, houve o seguinte entendimento:

[...] conclui-se pela inaplicabilidade, no âmbito desta Câmara Municipal de São Paulo, da Lei Federal nº 14.442/22, tendo em vista que a referida Lei se aplica para empregados celetistas e não para servidores públicos. Por conseguinte, não há óbice, do ponto de vista jurídico, para a prorrogação do Termo de Contrato nº 90/2018, nas mesmas condições avençadas, inclusive quanto à taxa de administração negativa.

Por fim, no Parecer SCL nº 025/24 (peça 22), solicitado por ocasião da Representação que ora está em análise, a Procuradoria da CMSP reafirmou as argumentações dos pareceres

anteriormente emitidos pela Procuradoria daquela Casa Legislativa, concluindo pela inaplicabilidade dos dispositivos da LF nº 14.442/22 aos contratos da CMSP.

Análise da Coordenadoria

Primeiramente, é necessário pontuar que, de forma diversa do afirmado no item 5.5.1 do edital², não houve ainda julgamento do quanto discutido no eTCM 014560/2023. Houve sim decisão cautelar e o referido processo encontra-se, atualmente, em fase de análise pela Assessoria Jurídica deste Tribunal.

Quanto à alegação da Representante, no que pese a citação de julgado do TCESP, não houve aprofundamento da análise sobre a aplicabilidade da LF nº 14.442/22 aos entes públicos em suas licitações e contratos.

Para essa análise é essencial recorrer à exposição de motivos da Medida Provisória 1.108/22, que posteriormente foi convertida na lei em comento. Referido documento dispõe que:

14. Inicialmente, se concebeu a política pública para incentivar as empresas, tributadas pelo lucro real, a implantarem serviços de alimentação para seus trabalhadores, oferecendo refeições com níveis nutricionais adequados. O incentivo foi feito por meio da dedução do dobro das despesas realizadas com a alimentação do trabalhador do lucro tributável para fins de imposto de renda, conforme o disposto no art. 1º da Lei 6.321, de 1976 e observado o limite legal de dedução.

[...] 19. 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

² “Cumpre notar que esse tema foi objeto de análise pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo (TCMSP) que julgou **REGULAR** a adoção da taxa negativa no âmbito desta Casa Legislativa (TC/014560/2023, Conselheiro Ricardo Torres, julgado em novembro/2023).”

duplamente, com a isenção do imposto de renda e com as taxas de deságio concedidas pelas facilitadoras contratadas.

20. A medida ora proposta visa coibir essa prática, criando a proibição de cobranças de taxas negativas ou deságio tanto no âmbito do PAT quanto na concessão do auxílio alimentação de que trata o § 2º do art. 457 da Consolidação das Leis do Trabalho. Para implementação dessa vedação, é previsto um prazo de transição para que não ocorra insegurança jurídica em relação aos contratos vigentes.

A alteração legislativa promovida pelo inciso I do art. 3º da LF nº 14.442/22 teve como motivação, portanto, questão fiscal. O Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT), em que se insere isenção fiscal, é dirigido a empresas privadas, sobretudo às tributadas pelo Lucro Real. O inciso I do art. 3º visa evitar que as empresas contratantes percebam ao mesmo tempo vantagens financeiras (advindas de taxas negativas de administração) e tributárias (advindas da dedutibilidade na linha de despesa operacional).

Sendo essas as razões para a existência da vedação prevista na lei, tem-se então que o dispositivo não tem por objetivo atingir entes sob o regime jurídico de direito público, ao qual está submetida a CMSP, pois não se tratam de contribuintes e, portanto, não são suscetíveis dos benefícios do PAT.

Considerando que a proibição desejada pela Representante tem o caráter de restringir a seara de decisão do contratante, no caso, a CMSP, podendo inclusive vir a ferir a competitividade e a economicidade na licitação, era imperativo que tivesse sido demonstrada então a obrigatoriedade de sua aplicação.

Contudo, a Representante não aprofundou a questão e não trouxe elementos de convencimento suficientes para amparar o raciocínio segundo o qual referida norma, de aplicabilidade direta a empresas privadas, deva também ser aplicada a órgão público.

Ademais, o entendimento extraído das jurisprudências do TCU e do STJ, que foram trazidas pela CMSP em sua manifestação e nos pareceres de sua Procuradoria Legislativa, é no sentido de que não se aplica tal normativo aos órgãos públicos, havendo sim a possibilidade de previsão de taxa negativa.

Pelo exposto, conclui-se que os elementos trazidos pela Representante não foram suficientes para o convencimento sobre a irregularidade do item 5.5.1 do edital e que a jurisprudência, tanto do TCU quanto do STJ, permite a previsão feita pela CMSP no edital do PE 38/2023, razão pela qual considera-se **improcedente** a Representação neste ponto.

2.2. Prazo de pagamento previsto no item 7.1 do Anexo I do edital

Argumentos da Representante (peça 01 - fls. 03 a 05)

A Representante entende como equivocado o prazo de pagamento previsto no item 7.1 do Anexo I (Termo de Referência – Especificações Técnicas) do edital, que assim dispõe:

7.1. O pagamento será efetuado **mensalmente**, em conta corrente indicada pela **CONTRATADA**, no prazo de 10 (dez) dias úteis, contados a partir do ateste pela Supervisão competente, mediante requerimento protocolado junto à SGA.6 - Unidade Administrativa de Protocolo, localizada no Viaduto Jacareí, nº 100, 1º subsolo, Bela Vista, nesta Capital, dirigido ao Sr. Secretário Geral Administrativo e aos cuidados do Supervisor da Equipe de Benefícios - SGA.13 acompanhado da(s) nota(s) fiscal(is) ou documento(s) hábil(eis), de acordo com a legislação vigente.

7.1.1. A data do aceite dos serviços será sempre, exceto em condições excepcionais, o dia útil de inserção dos créditos do pedido mensal, qual seja, terceiro dia útil (observado o calendário da Câmara Municipal de São Paulo) de cada mês.

Segundo seu entendimento, o disposto no edital contraria a previsão do art. 3º, inciso II, da LF nº 14.442/22³, ao não exigir o pré-pagamento. Adicionalmente, citou jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo para corroborar esse entendimento:

Vale assinalar que a matéria não é nova no âmbito deste Tribunal, já tendo sido enfrentada no julgamento do processo nº TC 015735.989.22-0, em Sessão Plenária de 17/08/2022, sob relatoria do e. Conselheiro Renato Martins Costa, na qual restou decidido que “a estipulação de prazo de repasse e/ou pagamento à contratada encontra vedação no disposto no inciso II, do art. 3º da mesma Medida Provisória nº 1.108/22, devendo o instrumento ser retificado também sob tal aspecto” (Processos nº: TC-023729.989.22-8 e TC-

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

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

024012.989.22-4 – Tribunal de Contas do Estado de São Paulo - TRIBUNAL
PLENO – SESSÃO DE 1º/02/2023 – SEÇÃO MUNICIPAL)

Manifestação prévia da Origem (peças 16 a 22)

A CMSP trouxe, no Parecer SCL nº 025/24, o argumento segundo o qual ainda que a Lei Federal nº 14.442/22 fosse aplicável aquele órgão, o que a Lei proíbe é o sistema pós-pago em relação ao trabalhador, isto é, o valor do vale deve ser pago ao trabalhador antes do mês trabalhado, nada dispondo quanto à relação entre a empregadora e a administradora do benefício.

Além disso, afirmou, no caso da Administração Pública, a definição das condições e do prazo para pagamento devem ser dispostos no edital e no contrato, nos termos do art. 25, caput e do art. 92, inciso V, ambos da Lei Federal nº 14.133/21 (Nova Lei de Licitações e Contratos - NLLC), sendo que o pagamento somente pode ser realizado, mediante a prestação efetiva do serviço, nos termos dos arts. 62 e 63 da Lei Federal nº 4.320/64, que tratam do regular processo de liquidação de despesa que antecede o ato do pagamento.

Análise da Coordenadoria

O inciso II do art. 3º da LF nº 14.442/22 foi elaborado com base no regime jurídico-fiscal das empresas privadas, não encontrando aplicação no direito administrativo. No que pese a citação de julgado do TCESP tratando do tema, a Representante e o referido julgado não aprofundaram a análise sobre a aplicabilidade do referido dispositivo aos entes públicos em suas licitações.

O tema, como afirmou a CMSP em sua manifestação, tem relação com o fluxo de pagamento e, apesar disso, a Representante não tratou da dinâmica tão particular dos desembolsos que são feitos por parte da Administração.

Desde a Lei nº 4.320/64, o fluxo de pagamento da administração segue a lógica empenho-liquidação-pagamento. Já no âmbito das compras públicas, a questão é prevista no artigo 145 da Lei Federal 14.133/21⁴ (NLLC). Na existência de lei específica a lei geral é afastada, de forma que, no caso em tela, impera o disposto na Lei Federal 14.133/21.

⁴ Art. 145. Não será permitido pagamento antecipado, parcial ou total, relativo a parcelas contratuais vinculadas ao fornecimento de bens, à execução de obras ou à prestação de serviços.

A inadequação da LF nº 14.442/22 ao caso em análise é ainda mais direta, pois afronta, além da NLLC, também os mecanismos clássicos de fluxo de despesa previstos nas normas de contabilidade pública.

Diante de tudo quanto exposto, a Auditoria considera **improcedente** a Representação neste ponto.

3. CONCLUSÃO

Da análise do alegado na Representação e dos elementos trazidos na Manifestação Prévia pela CMSP, pelas razões acima aduzidas, a Auditoria considera **improcedente** a Representação.

Por fim, cumpre informar que os dois pontos abordados na Representação foram objeto também da Representação tratada no eTCM 014560/2023 (Pregão Eletrônico nº 30/2023 – CMSP, cujo objeto é contratação de serviços de administração de benefício de auxílio alimentação), que até a finalização desta análise aguardava análise pela Assessoria Jurídica deste Tribunal.

Em 20.02.24

ROBERTA C. D. BARBOSA
Auditora de Controle Externo

LUCIANO TEIXEIRA
Supervisor de Controle Externo 1

De acordo, em 21.02.24

GUSTAVO FELIPE RIPPER C. T. DE SOUZA
Coordenador de Controle Externo I

RAFAEL VALVERDE ARANTES
Subsecretário de Controle Externo

§ 1º A antecipação de pagamento somente será permitida se propiciar sensível economia de recursos ou se representar condição indispensável para a obtenção do bem ou para a prestação do serviço, hipótese que deverá ser previamente justificada no processo licitatório e expressamente prevista no edital de licitação ou instrumento formal de contratação direta.

§ 2º A Administração poderá exigir a prestação de garantia adicional como condição para o pagamento antecipado.

§ 3º Caso o objeto não seja executado no prazo contratual, o valor antecipado deverá ser devolvido.