



CÂMARA MUNICIPAL DA SERRA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Processo n.º. 495/2022 (apensados 666, 691, 720 e 766/2022)

Requerente: Setor de licitação

Assunto: Questionamento do Controle Interno e Impugnações acerca da aplicação da medida provisória 1.108/2022 e decreto federal 10.584/2021 para a contratação de serviços de administração e fornecimento mensal aos servidores ativos da Câmara Municipal da Serra do benefício de auxílio alimentação

Parecer n.º: 196/2022

PARECER DA PROCURADORIA GERAL

RELATÓRIO

1. Cuida-se do processo licitatório na modalidade Pregão Presencial, já designado para amanhã, dia 08.04.2022, a ser realizado pela Câmara Municipal da Serra para contratação de serviço de administração e fornecimento mensal aos servidores ativos da CMS do benefício de auxílio alimentação, a ser fornecido por meio de cartão magnético, em atendimento da Lei Municipal n.º 3.822/2012
2. Após a regular instrução do processo e publicação do edital, com análise dos termos de referência e edital pelo Controle Interno e Procuradoria, sobreveio a publicação da Medida Provisória n.º 1.108/2022, de 25 de março de 2022, que basicamente proibiu a adoção de taxas negativas na contratação de empresa para fornecimento de auxílio alimentação, nos casos em que menciona, nos mesmos termos já conhecidos da revogada portaria 1287 / 2017 do Ministério do Trabalho.
3. Na sequência, sobreveio o processo 666/2022 provocado pela Controladoria desta Câmara questionando a aplicabilidade ou não de referido ato normativo ao pregão em andamento, considerando que a taxa média calculada com base para a Administração girava em percentual negativo.
4. Por não haver elementos necessários para a prolação de parecer conclusivo, solicitei o apensamento destes autos ao processo principal de contratação n.º 495/2022, bem como esclarecimento se a Câmara estava ou não filiada ao Programa de Alimentação ao Trabalhador, tendo sido respondido às folhas 261 que a Câmara não está inscrita no mesmo.



**CÂMARA MUNICIPAL DA SERRA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

5. Antes do retorno dos autos, foram feitas três impugnações ao edital (proc. 691 - Comprocard Administradora de Cartões, 720 Green Card S/A Refeições, Comércio e Serviços e 766 UP Brasil Administração e Serviços LTDA) que basicamente:

- a) combateram a exigência de cartões com “chips” magnéticos (Comprocard);
- b) atacaram a possibilidade da adoção de taxa negativa como critério de julgamento (Comprocard, Green Card e UP Brasil)
- c) alegaram a ilegalidade do prazo previsto para pagamento da Câmara à empresa vencedora até o 5o dia útil do mês subsequente, o que supostamente violaria o disposto no art. 3o, II da referida Medida Provisória 1.108/2022 (UP Brasil).

6. Em resposta às questões técnicas suscitadas, (folhas 411 e 412), a Coordenação Administrativa esclareceu que a exigência de cartões com “chips” é prática usual na Grande Vitória, tendo a Administração optado por seguir a mesma exigência feita pelo Tribunal de Contas do ES em seu pregão 08/2015 TCES, respaldada em diversos julgados do Tribunal de Contas da União e acórdãos do TCES (folhas 272 e seguintes). Referido entendimento teve opinamento técnico administrativo favorável do Controle Interno (folhas 414/415).

7. Todos os processos foram apensados e encaminhados à Procuradoria para opinamento jurídico.

8. Sem mais considerações, é o relato necessário.

DO ESCOPO DO PRESENTE PARECER

9. *Ab initio*, cumpre salientar que o presente parecer toma por base, exclusivamente, os elementos que constam, até a presente data, nos autos dos processos administrativos em epígrafe.

NO MÉRITO

I) Do julgamento com maior taxa de desconto



**CÂMARA MUNICIPAL DA SERRA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

10. O primeiro item das impugnações (folhas 303, 350 e 414), aduzem a ilegalidade do critério de julgamento com base na maior taxa de desconto, tomando por base a Medida Provisória 1.108/ 2022 e o art. 175 e 179, II do Decreto 10.854/ 2021.

11. Com efeito, ambas as normativas federais proibiram a adoção de práticas comerciais da exigência de taxas de serviço negativas às empresas fornecedoras de cartões de auxílio alimentação com base nos valores dos créditos repassados aos empregados **por parte dos empregadores.**

12. Vejamos o disposto na medida provisória e o decreto:

Medida Provisória 1.108/2022

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;

Decreto 10.854/2021

Art. 175. As pessoas jurídicas beneficiárias, no âmbito do contrato firmado com fornecedoras de alimentação ou facilitadora de aquisição de refeições ou gêneros alimentícios, não poderão exigir ou receber qualquer tipo de deságio ou imposição de descontos sobre o valor contratado, prazos de repasse que descaracterizem a natureza pré-paga dos valores a serem disponibilizados aos trabalhadores, ou outras verbas e benefícios diretos ou indiretos de qualquer natureza não vinculados diretamente à promoção de saúde e segurança alimentar do trabalhador.

13. Assim, todas as impugnações alegam que a Câmara não poderia se utilizar de “taxas negativas” como critério de julgamento, sendo o máximo permitido de desconto o valor de 0 % (zero por cento), o que fatalmente levaria ao empate técnico e poderia chegar ao critério de “sorteio” como desempate.

14. Em que pese os argumentos das empresas, o âmbito de atuação do Decreto 10.854 e a Medida Provisória 1.108 é restrito para EMPREGADORES ou empresas integrantes do Programa de Alimentação ao Trabalhador mantido pelo Ministério do Trabalho.

15. Em outras palavras, numa análise gramatical, nem a Medida Provisória 1.108/2022 e muito menos o Decreto 10.854/2021 se aplicariam à esta Câmara Municipal, eis que este Parlamento é **pessoa jurídica de direito público, regido pelo regime jurídico administrativo, bem como o princípio da maior vantajosidade da Administração Pública.**



CÂMARA MUNICIPAL DA SERRA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

16. Referido princípio obriga a adoção da maior vantagem possível visando a economicidade de gastos públicos, o que, a nosso ver, inclui a possibilidade da adoção de taxas negativas, previsão expressamente prevista na nova lei de licitações (Lei 14.133) em seu artigo 6º:

*“Art. 33. O julgamento das propostas será realizado de acordo com os seguintes critérios:
II - maior desconto;”*

17. O fundamento jurídico do auxílio alimentação nesta Câmara Municipal se encontra na lei 3.822, de 20 de janeiro de 2012, situação diversa da prevista no Programa de Alimentação ao Trabalhador, que se fundamenta na lei federal 6321/76. Vejamos a legislação municipal de regência:

Lei Municipal 3.822/2012

*Art. 1º. Os servidores da Câmara Municipal da Serra têm direito a Auxílio Alimentação, que será concedido mensalmente de acordo com as diretrizes, termos e regras estabelecidos **nesta Lei**.*

Decreto 10.854/2021:

Art. 1º Este Decreto regulamenta disposições relativas à legislação trabalhista sobre os seguintes temas:

XVIII - Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT.

18. Uma análise mais profunda da lei 6.321 permite, inclusive, concluir que a adesão ao Programa de Alimentação ao Trabalhador, por parte das empresas aderentes, permite a dedução de lucro tributável (art. 1º), o que reforça o entendimento de que esta norma é aplicável ao setor privado que utiliza legislação celetista.

19. Além disso, a cotação prévia nos autos (folhas 162) indicou que a taxa média com desconto para contratação de empresa de fornecimento de cartão de auxílio alimentação é utilizada de maneira unânime pelos demais órgãos públicos no Estado do Espírito, **incluindo o próprio Tribunal de Contas**. Mesmo o Município de Vila Velha, que está realizando idêntico procedimento licitatório, manteve a utilização de taxa com desconto como critério de julgamento até o momento da elaboração deste parecer.

20. Jurisprudencialmente, a possibilidade de julgamento com maior taxa de desconto é sufragado pelo Tribunal de Contas deste Estado, na linha do mesmo julgado do Tribunal de Contas da União, conforme acórdão da 1ª Câmara de nº 638/2019-9:



**CÂMARA MUNICIPAL DA SERRA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

“Adicionalmente, corroboramos com o entendimento da Área Técnica quanto à necessidade de se recomendar ao Município de Rio Bananal, nos termos do artigo 329, §7º, do Regimento Interno do TCEES, que avalie a adoção de taxa negativa, considerando que a competitividade será melhor promovida caso seja permitido o desconto, bem como a Administração poderá obter uma proposta mais vantajosa.

Dessa forma, transcrevemos as razões exaradas na Instrução Técnica Conclusiva 02931/218, que passam a se constituir em razões de decidir. In verbis:

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

...

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

Ocorre que tal análise tributária é inaplicável à Administração Pública que goza de imunidade tributária quanto aos impostos sobre a renda, serviços e patrimônio, conforme dispõe o artigo 150, inciso VI, alínea 'a'. Além disso, o Tribunal de Contas da União já tratou sobre essa Portaria, no ACÓRDÃO 1623/2018 – PLENÁRIO, em que concedeu medida acautelatória para suspensão parcial dos efeitos. Tal acórdão decorre de uma representação do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União.

Em seu voto, o relator Benjamin Zymler asseverou:

...

2. Em linhas gerais, a norma proíbe que as empresas administradoras de vales e cartões de alimentação negociem com seus clientes preços inferiores ao valor nominal dos créditos a serem distribuídos aos trabalhadores beneficiários. Exemplificativamente, se determinada empresa deseja distribuir a seus empregados tíquetes alimentação no valor de R\$ 100,00, esse mesmo valor – pela Portaria – deverá ser o preço mínimo a ser cobrado pelo serviço por parte da empresa administradora. Atualmente, devido à concorrência existente no setor, são oferecidos descontos que podem superar os 5%, ou seja, no mesmo exemplo, pelos R\$ 100,00 em tíquetes, a empresa contratante poderia pagar à administradora algo em torno de R\$ 95,00.

...

4. O MPTCU, por sua vez, enfatizando a inexistência de previsão legal para a proibição, bem assim a aparente ausência de “estudos que apontem e quantifiquem – ou, ao menos, estimem – eventual redução do poder de compra do trabalhador em decorrência da prática de taxas negativas, tampouco



**CÂMARA MUNICIPAL DA SERRA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

que a sua vedação, por si só, seria medida apta e necessária a coibir as alegadas distorções”, afirma que a Portaria MTb 1.287 constitui:

“ato administrativo normativo proibitivo ofensivo à legalidade (art. 5º, inc. II, da CF) e à razoabilidade e proporcionalidade (art. 2º da Lei 9.784/1999) , por se mostrar aparentemente desprovido de evidências quanto à sua adequação para o atingimento dos resultados objetivados, quanto à sua necessidade, assim entendida como a ausência de medida alternativa tão ou mais eficaz e menos onerosa, e mesmo quanto à proporcionalidade em sentido estrito entre o ônus imposto aos empregadores participantes do PAT e os ganhos potenciais ao poder de compra do trabalhador, já que não se verificou qualquer estimativa a esse respeito. Se, ao contrário, ocorreram tais estudos de que ora se questiona, o ato, no mínimo, carece da devida motivação, nos termos dos arts. 2º, 29, § 1º, e 50, inc. I e § 1º, da Lei 9.784/1999” (destaques do original).

5. *Em particular, preocupa o Parquet “o fato de a Portaria 1.287/2017 não ressaltar da sua incidência contratos já celebrados, em especial contratos administrativos e outros contratos sujeitos, ainda que parcialmente, a regime jurídico de direito público”, motivo pelo qual requer, cautelarmente, que se determine ao Ministério do Trabalho que “se abstenha de exigir a observância da Portaria 1.287/2017 em relação aos contratos da administração pública federal e das entidades do Sistema S já celebrados na data de entrada em vigor da citada portaria, divulgando essa determinação entre os empregadores credenciados no PAT”.*

6. *Na instrução do feito, a Secretaria de Controle Externo da Previdência, do Trabalho e da Assistência Social (SecexPrevi) manifesta-se favoravelmente ao deferimento do pedido.*

7. *Nesse contexto, vislumbrando presentes, na espécie, os requisitos do fumus boni iuris e do periculum in mora, concedi, no dia de ontem (17/7/2018), fundado nas razões expostas no despacho transcrito no relatório precedente, a medida cautelar na extensão pleiteada pelo representante.*

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.

DISPOSITIVO Diante do exposto, acompanhando o entendimento da Área Técnica e divergindo do Parecer do Ministério Público de Contas, nos termos da fundamentação acima, VOTO no sentido





**CÂMARA MUNICIPAL DA SERRA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

de que os Eminentíssimos Conselheiros aprovem a seguinte minuta de Decisão que submeto à consideração.

1. **ACÓRDÃO:** *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: 1.1 NÃO CONHECER a presente representação, nos termos do artigo 94, §1º, e art. 101, parágrafo único da LC 621/12, tendo em vista se tratar de interesse subjetivo. 1.2 RECOMENDAR ao Município de Rio Bananal, nos termos do artigo 329, §7º, do Regimento Interno do TCEES, que avalie a adoção de taxa negativa, considerando que a competitividade será melhor promovida caso seja permitido o desconto, bem como a Administração poderá obter uma proposta mais vantajosa."*

21. Com relação ao argumento de que a Câmara estaria inscrita no Programa de Alimentação ao Trabalhador, a Coordenação Administrativa esclareceu que **a Câmara da Serra não se encontra filiada a este Programa (folhas 261), sendo despiciendas maiores considerações quanto a este tópico.**

22. Em conclusão, ainda que referido acórdão tenha sido prolatado em 2019, entendo que o entendimento acima exposto não sofreu alteração com o advento da Medida Provisória 1.108/ 2022 e o decreto 10.854/ 2021, **haja vista que não se alterou o âmbito de aplicação restrita aos empregadores** que possuem empregados submetidas à Consolidação das Leis Trabalhistas, aliado ao fato de que a Câmara Municipal da Serra também não se encontra cadastrada no Programa de Amparo ao Trabalhador por se sujeitar exclusivamente aos ditames do regime jurídico administrativo local, motivo pelo qual sugiro a rejeição deste item da impugnação.

II) Quanto à exigência de cartões magnéticos "com chip"

23. Quanto a este tópico (folhas 304 a 309) acompanho as razões técnicas já exaradas pela Coordenação Administrativa e o Controle Interno, registrando que não existe dispositivo legal que impeça a utilização deste requisito, além da exigência de entrega de cartões magnéticos "com chip" ser prática amplamente permitida pela jurisprudência das Cortes de Contas Estaduais e Nacional, como já esclarecido.

24. Registro ainda que embora este tópico tenha sido abordado, não foi comprovada a suposta diminuição de competitividade na adoção deste critério por parte da Impugnante Comprocard, mas tão somente argumentos que o "chip" não torna as operações mais seguras.



**CÂMARA MUNICIPAL DA SERRA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

25. Por estes motivos, também sugiro a rejeição deste item da impugnação.

III) Acerca da ilegalidade de prazo para pagamento da Câmara à empresa contratante

26. “As folhas 422/424) argumentou a empresa UP Brasil Administração e Serviços LTDA que o art. 3º, II da Medida Provisória 1.108/2022 torna ilegal a exigência de prazo para a Câmara Municipal da Serra efetuar o repasse ou pagamento dos valores a serem disponibilizados aos seus servidores.

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:

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

27. Com o devido respeito aos argumentos colocados, também entendo que esta alegação deve ser rejeitada, haja vista que a Administração Pública se submete a regime específico para pagamento de suas obrigações, previstas na Lei 4.320/64, normativa nacional que disciplina normas gerais de direito financeiro.

28. Diferentemente das empresas privadas (que podem efetuar o pagamento “à vista”) é vedado à Administração Pública o pagamento de quaisquer valores sem a prévia apresentação de nota fiscal dos serviços, empenho e liquidação (art. 58 e seguintes da Lei 4.320/64).

29. Nesse sentido, o prazo estabelecido não é uma “exigência discricionária”, mas de salvaguarda para que a Câmara da Serra cumpra suas obrigações com seus fornecedores no prazo contratual, sem violar a legislação nacional de contabilidade.

30. Numa perspectiva ontológica, ao vedar a possibilidade a exigência de prazos de repasse ou pagamento às empresas fornecedoras de auxílio alimentação, o artigo 3º, II citado reforça o argumento de que estas normativas federais não são aplicáveis à Administração Pública, eis que submetida a limites burocráticos (sob pena de responsabilização do agente público).

31. Desta maneira, somente após os procedimentos contábeis e financeiros de praxe é possível a emissão de ordem de pagamento, que também deve observar a ordem cronológica de pagamento.





**CÂMARA MUNICIPAL DA SERRA
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

CONCLUSÃO

Ante a todo o exposto, concluo que não se aplica à Câmara de Vereadores da Serra o disposto na medida provisória 1.108/ 2022 e no decreto 10.854/2021, opinando pela rejeição das impugnações ao edital oferecidas, bem como o regular prosseguimento do pregão presencial na forma já entabulada no edital publicado.

Ressaltamos que o presente Parecer é de natureza opinativa e não vinculatória, específico para o presente processo, de modo que, todos aqueles participantes do processo, em especial o gestor público, dentro da margem de discricionariedade, juízo de valor e ação que lhes são conferidos, deverão diligenciar pela observância dos princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais no caso em destaque.

Destarte, ressaltamos, que incumbe a esta Procuradoria Geral prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar a conveniência e à oportunidade dos atos praticados no âmbito do Poder Legislativo Municipal da Serra, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa, e mais, o presente posicionamento não contém natureza vinculativa e sim opinativa.

Esses são os esclarecimentos que formam nosso parecer, motivo pelo qual **ENCAMINHAMOS** os autos ao Procurador Geral.

Serra/ES, 07 de abril de 2022.

FERNANDO CARLOS DILEN DA SILVA

Procurador

Nº Funcional 4073096

